EXERCITATIO IVRIDICA
DE
ARTICVLIS ELISIVIS,
QVAM
PRAESIDE
IOHANN. HENRICO BERGERO,



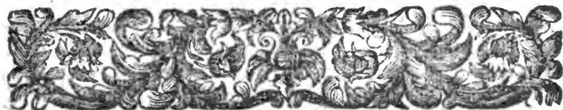
ICTO, POTENTISS. ELECTORIS SAXONIAE IN SVMMO PROVOCATIONVM SENATV CONSILIARIO, COLLEGIORVMQVE IVRIDICORVM, QVAE VITEMBERGAE SVNT, NEC NON IVDICII INFERIORIS LVSATIAE ASSESSORE,

PRAECEPTORE AC STVDIORVM SVORVM PATRONO, MVLTIS NOMINIBVS SVBMISSE DEVENERANDO,

AD D. XVI. IVL. cIↃ IↃ c XCVI.

PVBLICO EXAMINI SVBMITTIT

IOHANNES HENRICVS EXSIVS,
CAVLA-LVSATVS.



I. N. I.

I.

QVemadmodum Respublica sine iudiciis consistere plane nequit: ita etiam nullum subest dubium, quin omni omnino tempore iudiciorum ratio fuerit habita, quo inaequalitas inter cives corrigeretur, & unicuique iuris sui persecutio pateret. Depravato quippe genere humano, usus omnino exegit, ut lites, inter homines exsuscitatae, apud iudicem potius, quam privato stomacho & bile, transigerentur. Deus igitur ipse, supremus omnium iudex, post lapsum statim primorum parentum illis, qui, veluti in Reipublicae puppi sedentes, clavum tenent atque moderantur, suas in his terris vices, fascesque demandavit, donec die illo pantocritico ad gubernaculum accessurus iudicis officio ipse fungetur. Vt adeo iudicia inter Christianos non minus sint licita, quam summe quidem necessaria, Wissenbach. *Exerc. ad* Π. *16. th.3.* Quorsum enim quis confugiat, si ius suum ab altero amice consequi nequit? Numne rem per vim absque iussu iudicis & propria autoritate rapere, vel debitum extorquere decet? Minime vero; sed si quis, spreto legum auxilio, in tantam furoris audaciam pervenerit, rem suam amittit, iureque suo plane pleneque excidit, *l.13. ff. quod met. caus. l. 7. C. Vnde vi.* Quid ergo? Sane nullum aliud remedium in foro proditum est, nisi quis illud per viam iuris publica obtineat autoritate, quod privatis desideriis indulgere noluit adversarii malitia. Dn. Stryk. *Introd. ad praxin forens. c. 1. §. 1.*

Iudicia sunt necessaria.

a Deo constituta.

inter Christianos licita.

II.

Non tamen extemplo ad iudicium convolandum est partibus, haud raro de asini umbra, vel lana caprina, quasi pro aris & focis cer-

Non statim est convolandum ad Processum.

certamen susceperint, litigantibus. Quemadmodum Carpzovius *P. 1. C. 1. d. 9. n. 13.* refert, duos quondam opifices, de gallo gallinaceo disceptantes, multum temporis ac pecuniae consumpsisse, & de re hac minima, quam nec operae pretium est extra iudicium petiisse, vel tota plaustra actorum confecta fuisse. Multi enim propter lites ad summam deducti sunt egestatem, cum sine pecunia vix litigari queat, *l. 79. ff. de iudic.* Carpzov. *Proc. tit. 10. art. 1. num. 28.* Vnde non raro accidit, eos ipsos, qui victoriam tandem cum sumptuum quoque & expensarum adiudicatione reportarunt, tam longis anfractibus vexatos, totque sumptibus misere fatigatos sic affici, ut lugendum sibi potius esse putent, quod bonae alioquin litis aut instituendae aut suscipiendae consilium ab initio non abiecerint, quam gratulandum, quod tanto pretio nudam victoriae gloriam compararint: Sunt verba Anton. Fabri in suo consilio de reformanda iustitiae administratione, *Cod. lib. 9. tit. 22. def. 1.* quae excerpsit Carpzovius *P. 1. C. 1. d. 1. n. 1.* Conf. Brunnemann. *prooem. Proc. Civil.* Wehner. *Observ. Pract. voce Iustitz-Wesen.*

ob nimios sumptus.

Sed amicabilis compositio tentanda a partibus

Omnibus potius industriae nervis in id intendant altercantes, ut lis intra privatos parietes absque strepitu & figura iudicii amice componi possit; siquidem verecunda eorum cogitatio, qui lites execrantur, vituperanda non est, *l. 4. §. 1. de alienat. iud. mut. caus. fact.* sed lites execrantium laudabile dicitur votum, *c. 2. de V. S. in 6to.* Quod quidem licet ad gustum Causidicorum dictum non videatur: rei tamen & utilitati litigantium maxime est consentaneum, si rebus suis consultum, & marsupium haud emunctum velint, Carpzov. *Proc. tit. 10. art. 1. n. 13.* Neque enim e re est, illud ancipiti fortunae arbitrio committi, quod per concordiam commode obtineri potest, ob tritum atque vulgatum illud: Vtilius macre concordium pingui quavis sententia, Dn. Stryk. *Introd. ad prax. forens. c. 2. §. 2.*

III.

& a iudice.

Quodsi iam tum res ad iudicium est devoluta, iudex periculum faciat, omnemque moveat lapidem, quo pacto huic malo in tempore succurrat, nullamque non impendat operam, quo litigia

gia suis in principiis per amicabilem compositionem suffocare & extinguere liceat; quod ut ex voto animique sententia obtineat, exponat partibus molestias, ex processu oriundas, & sumptus litis, iacturam temporis, diffidia, animi rancorem & odia, inde provenientia, tum & dubium litis eventum, ac incogitatas, nec antea praevisas rerum vicissitudines, & quicquid deinde vel taedii vel adversi subesse soleat, *Ord. Proc. Sax. Elect. tit 1.* §. besonders *ibique Ziegler.* Sed nec partes, a iudice admonitae ad transigendum, se difficiles praebeant, nec adversa fronte cornua opponant, quin potius diligenter expendant, quid vitii & mali ex litigio sibi immineat, curae, labores, vana spes, timor & centum alia, quae non aliter ac pillulas devorare necesse habent, Carpzov. *Process. tit. 10. art. 1. n. 29.* Quid? quod existimem, hoc unicum argumentum litigatores deterrere posse, quo minus facile & temere ad processum prosiliant ac prolabantur, modo sibi ob oculos ponant nimiam & sanguineis lachrymis deplorandam litium diuturnitatem prolixitatemque, quae non modo hominum plerumque, sed & vivaces cornicularum & cervorum aetates superant, Petr. Frider. *lib. 2. de mandat. iudic. c. 13. sect. 15.* Carpz. *P. 1. C. 1. d. 1. n. 5.* Maxime autem illi, qui facies, virgas & trabeas ostentant, suadere tenentur concordiam partibus, coram Augustissimo Camerae Imperialis tribunali causas suas agitantibus, cum ibi lites fere sint immortales. Vnde decantatum illud proverbium: Lites Spirenses spirant, sed non exspirant, Carpzov. *P. 1. C. 1. d. 1. num. 3.* Quemadmodum etiam pleraeque lites non exspirabant prius, quam tandem Spira ipsa simul cum litibus exspiraret.

quam partes non respuant.

ob Processus prolixitatem.

IV.

Cum vero litigantium ingenia sint nimis heteroclita, nec ullum amicabilis compositionis tentamen admittere velint, sed iudicis monitum respuant, & contendere malint, non possunt ad transigendum vel paciscendum compelli: Suaderi enim quidem potest concordia, non imperari, & pax est bonum persuasibile, non compulsibile, Carpzov. *Process. tit. 10. art. 1. num. 32.* Ideoque illis, ad procedendum paratis, via iuris a iudice intercludenda

Si vero partes transigere nolunt Processus est aperiendus.

da

da non eſt, ſed proceſſus aperiendus, ut illud, quod ſibi deberi exiſtiment, ſecundum ſolitum iudiciorum ordinem, ut dicitur *l. 4. C. de ſentent. & interlocut.* perſequi queant. Quo facto, non ultima, ſed palmaria actoris cura ſit probatio neceſſe eſt, qua ſolide inſtructus convincere poſſit adverſarium. Illi enim, qui in iudicio aliquid dicit, aſſerit & intendit, onus probandi incumbit, *l. 2. ff. de probat.* Actor ergo, cum quid intendere ſoleat, etiam probare tenetur, *l. 21. ff. & l. 8. C. de probat.* Struv. *Syntag. Iur. Civil. Exerc. 28. th. 6.* Niſi forſan in poſſeſſione conſtitutus ſit, vel praeſumtio pro eo militet, quibus munitus ab onere probandi relevatur, idemque in adverſarium transfert, *l. 12. ff. de probat. c. 18. X. de reſtit. ſpol.* Carpzov. *Proceſſ. tit. 13. art. 1. num. 16.* Quam quidem probandi neceſſitatem imponit iudex actori, nullo perſonarum diſcrimine, nec alteri plus, alteri minus favere valet, quo malo vulgo iudices, inprimis δωρόφαγοι, laborare ſolent, quod tandem in proverbium abiit: Plus valet favor in iudice, quam lex in Codice. Id enim iuſtitia, quae hic obſervanda eſt, commutativa, eiusque proportio arithmetica, quae τὴν ἀξίαν perſonarum excludit, nullamque προσωποληψίαν attendit, iubet atque poſtulat, ut actor, quisquis etiam ſit, illud, quod intendit, ſub praeiudicio abſolutionis ſolide probet. Vnde recte monet Heliod. *Lib. X. Æthiopic. p. 471. Edit. Bourdel.* τὰς ὑπεροχὰς, inquiens, οὐ δυσωπεῖ τὸ δίκαιον, ἀλλ' εἷς ἐστὶν ὁ βασιλεύων ἐν ταῖς κρίσεσιν, ὁ τοῖς εὐλογωτέροις κρατῶν. h. e. *Faſtigia dignitatis non recipit aequitas, ſed is regnat in iudicio, qui probabilioribus vincit rationibus.* Probatio quippe dicitur navicula, quae ad portum deducit iudicem. Ruland. *de commiſſ. Part. 1. lib. 1. tit. 1. num. 1. lit. d.* Imo eſt lapis angularis iudicii, totaque cauſae victoria conſiſtit in probatione. Bald. *in l. 19. C. de teſt.* qua deficiente, actor ſub iuſtae etiam cauſae clypeo ſuccumbere poteſt, & ſaepenumero in diſceptationibus forenſibus contingit, ut actori non ius deficiat, ſed probatio, *l. 30. ff. de teſt. tutel.* Vulgatum enim iuris axioma eſt, quod in omnium fere ore verſatur, & a reis ubique circumfertur: Actore non probante, reus abſolvitur. Quod adeo quidem verum eſt, ut, ſicubi actor in pro-

Tum actor inſtructus ſit probatione,

quam iudex indiſtincte illi imponat.

Probatio dicitur navicula, lapis angularis iudicii.

probatione succumbat, reus non ab instantia solum, sed ab ipsa etiam instituta actione definitive absolvatur, etiamsi nihil praestiterit, nihil probaverit, *l. 4. C. de edend.* ibique Iason & Salicet. *l. 9. C. de oblig. & act.* Bachov. *ad Treutl. Vol. 2. Disp. 4. th. 8. lit. C. & D.* Carpzov. *Process. tit. 13. art. 1. n. 4.*

V.

Cum itaque probatio sit anima processus & victoria causae a probationibus dependeat, atque expectanda inde sit; omnis opera est impendenda, ut probationes congrue instituantur, Ziegler. *Introd. ad Process. For. Sax. c. 10. §. 2.* Nequaquam vero existimet probationem suscepturus, confuse eam esse expediendam, testesque, sicubi per eos probare satagat, productos tumultuarie esse examinandos; sed actus examinis secundum formam, iure praescriptam, instituatur, necesse est, ita, ut negotium, super quo probatio est suscepta, certis includatur articulis. Carpzov. *Process. tit. 13. art. 4. n. 1.* Siquidem commodior faciliorque eruendae eliciendaeque veritatis via atque ratio prodita hactenus non est, nisi illud, quod probandum, in articulos redigatur. Articuli enim loco probationum succedunt. Speculat. *in tit. de posit. §. 3. num. 3.* ac ad eos, tanquam ad lapidem Lydium, referenda sunt omnia, cum actus, extra articulum gestus, firmitate sua destituatur. Ruland. *de Commiss. P. 3. lib. 1. c. 1. num. 5.* Hinc dicitur: testem deponentem extra articulum nihil plane probare, *c. 29.* ibique Mynsing. *num. 10. &* Dd. *X. de test.* Ruland. *c. l. n. 6.* Vmm. *Process. Disp. 13. th. 13. n. 64.*

& anima processus.

includenda articulis,

VI.

Illud hoc loco non est sicco pede praetereundum, necessitatem articulandi de excellentiori probationis specie, atque adeo de sola probatione ordinaria, quae vocabulo Beweiß absolute posito significatur, esse intelligendam. Neque enim eadem forma in nuda demonstratione, quam voce **Bescheinigung oder Beybringung** connotare assolent, desideratur, sed omnino liberum est integrumque actori, utrum demonstrationem certis includere articulis, an vero eandem citra articulorum ritum iudici offerre

Demonstratio summaria non opus habet articulis.

Sed articuli caute omittuntur.

Licet restricta sit ad certum terminum.

Contra-demonstratio ad terminum demonstrationi dictum non est adstricta.

Rat. dilationis conveniunt probatio & demonstratio.

Vocabulum darthun intelligendum est de ordinaria probatione.

ferre velit; quandoquidem formatio articulorum Ord. Procesſ. *tit. 24. pr.* ad processum ordinarium restricta legitur. Quinimo actor insigni sibi consulet cautela, si in processu summario, maxime sicubi per testes suam demonstrationem fundare satagat, formatione articulorum plane pleneque supersedeat, & saltem testes summariter examinari curet; quo ipso omnem omnino occasionem exhibendi interrogatoria, quippe quae non, nisi demonstratione in articulos redacta, sibi locum vindicant, reo praecidere potest. Neque aliud obtinere putem, tametsi, quod quidem plerumque fieri solet, demonstratio per sententiam certo circumscripta sit termino. Ex eo enim, quod demonstratio in hoc processus articulo probationi ordinariae aequiparata est, non statim concluditur: in reliquis omnibus illam eodem iure cum eiusmodi probatione censeri debere. Non quidem inficias iverim, tum demonstrationem istam intra terminum Saxonicum iudici esse exhibendam; nihilominus tamen nego, illam praecise articulis esse instruendam, cum in hoc quidem capite naturae demonstrationis per restrictionem ad certum terminum nihil detractum intelligatur, quippe quae ne quidem id efficit, ut reus intra terminum demonstrationi accommodatum suam etiam contra-demonstrationem, die Gegenbescheinigung/ quam vocant, nisi illa eodem termino per sententiam circumscripta fuerit, offerre teneatur, cum sane eidem quocunque temporis articulo hoc ipsum liceat, quamvis alioqui maxime circa passum probationis partes actoris & rei pares aequalesque esse soleant. Alia ratio est, quod attinet ad dilationis solennia, quae aeque in demonstratione nuda, ac in probatione ordinaria, valere concesserim, hac quidem ratione suffultus, quod argumentum dilationis necessariam habet relationem ad ipsum terminum, sententia vel expresse vel tacite comprehensum. Sed quorsum, quaeso, referemus vocabulum: darthun/ absolute positum, quo interdum in sententiis, non adiecto verbo: erweisen/ ICtos praesertim extraneos uti solere animadvertimus? Illud vero vocabulum non de nuda saltem demonstratione aliqua, sed de ordinaria & solenni, quae in dubio iniun-

cta

cta praesumitur, probatione explicandum est, ut adeo terminus probatorius praecise observari debeat, nisi quis facultate probandi cadere velit, prout se obtinuisse coram Regim. Hallens. in causa H. G. außm Winckel contra R. H. E. von Trothen Wittbe / consentientibus postmodum ICtis Ienensibus & Helmstadiensibus, testatur Dn. Unverfärth *de Paedia Iurisprud. c. 6. n. 98.* Quae deinceps sententia, non obscuro fontis indicio, Administratori Archiepiscopatus olim Magdeburgici, Augusto, placuit, ab eoque peculiari Decisione in *Iustiz*-Cantzley- und *Process*-Sachen *de anno 1678.* §. 4. confirmata est verbis: Weil auch wegen des Worts: **darthun**, so in Urtheilen und Abschieden bißweilen allein pfleget gebrauchet zu werden / wie auch nicht weniger über dem Wort: beybringen / viel Streit in den Gerichten entstanden / ob dadurch ein ordentlicher Beweiß / oder nur eine Demonstration oder Bescheinigung zu verstehen; So wird hiermit decidiret / daß im Fall einem per sententiam, oder decretum etwas **darzuthun** aufferleget würde / hierdurch ein ordentlicher oder förmlicher Beweiß: durch das Beybringen aber so wohl in ordentlichen als summarischen Processen nur eine Demonstration und Bescheinigung verstanden werden soll / welche ad terminum probatorium Saxonicum nicht adstringiret ist.

VII.

Duo autem in fronte Dissertationis vocabula, quae ex lege methodi sigillatim evolvenda sunt, nobis occurrunt: *articuli* alterum, alterum *elisivi.* Verbum articuli nonnullis derivatur ἀπὸ τοῦ ἄρθρου, quod juncturam sive articulum, Germanice Gelencke / significat, Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n.* 8. Alii vero deducunt ab artu, i. e. membro. Baldus *in cap. Accusatus de haeretic. in 6.* Artus autem, inquit Sipontinus, partes sunt corporis inter juncturas connexae, dictae, quod inter se arctentur, unde minores partes per diminutionem articulos vocamus, quales sunt digitorum. Confer. Blum. *Proc. Cam. tit. 68. n. 5.* Calvin. *Lex Iurid. voce articulus.* Utra harum quidem derivationum magis arriserit, eam si elegeris, minus peccabis, cum tota tandem res eo redeat, quod utraque analogiam ab humani corporis habitu, & recte quidem, pe- **Articuli Etymologia.**

tat. Quemadmodum enim in corpore humano membra per articulos iunguntur: ita per articulos fit iunctura seu contextatio orationum, sive textura quaedam ex his, quae in libello continentur, cum illis, quae in articulis ponuntur. Sicuti ergo articuli in humano corpore, quo magis vitiis naturalibus vacant, tanto maiorem laudem merentur; contra vero quando superflui, aut non recte dispositi, vituperio subiiciuntur: ita quoque articuli, in causis, quanto concinnius breviusque conficiuntur, tanto maiorem firmitatem auctoritatemque consequuntur, quippe cum superflui & abundantes a iudice reiiciantur. Namque quod Medicis usu venit, ut superflua, nociva & putrida membra resecent; idem quoque iudices observare debent, ut irrelevantes ac impertinentes articulos amputent. Amplius ut vitium est, si nervi seu articuli sint contracti: ita in articulis pro vitio reputatur, si non recte quotentur & dinumerentur. Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 9. & 10.*

VIII.

Homonymia. Vocabulum vero articuli diversimode usurpatur, atque ad varia transfertur. Modo enim denotat nodum; Vnde Columella *de re rustica lib. 2. c. 12. Antequam seges in articulum eat*, *i. e.* nodum mittat, & ex herba in culmum assurgat: Ita sarmentorum articulos dixit Cicero. In rationibus articulos appellari, quos Graeci ἐλόγια, i. e. titulos vocant, quibus causa expensae pecuniae breviter perscribitur, Casaubonus *ad Suetonii Caesarem c.* 47. observat. Deinde non duntaxat pro particula, i. e. praepositione coniunctioneve, sed & pro quolibet verbo ponitur. Sic verbum *est* vocatur articulus, *l. 34. §. 1. ff. de aur. & arg. leg.* & *quisque l. 29. ff. de hered. instit.* & *tum l. 4. ff. de condit. & demonstrat.* Qui etiam pro clausula & oratione sumitur, *l. 27. §. 2. ff. ad SCt. Trebell.* ibique Prat. & Brisson. Porro articulus idem est, ac interlocutio vel sententia interlocutoria, *l. 5. C. quorum appell. non recip.* ibique Gothofred. Accursius autem *ad d. l. 5.* articulum interpretatur sententiam definitivam, cuius etiam interpretationem probat Albert. Quamvis mihi quidem opinio Calvini *Lexic. Iurid. sub voc. articulus*, magis arrideat, quippe qui existimat, articulum

culum illic pro capite & membro sententiae sumi, cum ab uno sententiae capite & membro appellari queat, *l. 13. ff. de appell.* Guid. Pap. *Dec. 436. qu. 66.* Amplius usurpatur pro themate, factique specie proposita, (casum vulgo appellant,) *l. 12. ff. de LL.* Vlterius articulus in Arcadii & Honorii constitutione *l. ult. C. de offic. comit. sacr. palat.* idem significat, ac statim, confestim, *ἐν ἀτόμῳ*, seu in ipso temporis momento, ut recte ibidem interpretatur Accursius. Et hoc etiam sensu accipitur apud Terentium *in adelph. act. 2. scen. 2. vers. 20. vide, ut in ipso articulo compressit eam.* Parili modo adhibetur apud Ciceronem *in Quinct. ut cum suis conditionibus ipso articulo temporis adstringeret.* Denique non raro capitur pro eo, quod vulgo dicimus punctum, vel potius pro particula & membro periodi, totius alicuius propositi, *l. 22. §. 12. ff. solut. matrimon. l. 5. §. 1. ff. de praescript. verb. l. 9. ff. de stat. Hom. l. 6. §. 1. C. de bon. quae lib.* Quo sensu etiam hanc vocem accipiunt Pragmatici, cum ea, quae probanda veniunt, in certos digerunt articulos. Atque ita accipitur *in c. 2. §. testes. de testibus & attest. in 6to c. 38. X. eod.* Quam significationis rationem in praesens nostram quoque facimus, quandoquidem articulus nobis appellatur quasi membrum alicujus facti seu casus diminutissimum, videlicet cum singulae orationis sententiae intervallis quibusdam distinguuntur. Blum. *Proc. Cam. tit. 68. n. 5.* Oldendorp. *de form. libelli Rubric. de posit. & artic. vers. articulus vero appellatur.* Vel brevius: Articulus est pars intentionis, quam litigans probare vult. Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 12.* Vmmius *Proc. Disput. 13. thes. 13.* Definitio.

IX.

Ad Articulorum originem quod attinet, sciendum, eam iuri Civili minime esse adscribendam, quippe cui illorum usus incognitus fuit, sed eum per Glossam demum atque Dd. esse introductum, Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. num. 3.* & moribus primum in omnibus fere iudiciis, curiarum stylo, receptum, postmodum iure Canonico confirmatum, *c. 2. §. testes de testib. & attest. in 6. c. 38. X. eod. Clem. saepe de V. S.* ac denique iure Camerali approbatum, *Ord. Cameral. Part. 3. tit. 15.* adeo quidem, ut Origo.

 omnia

omnia olim ſcripta; quocunque etiam nomine appellarentur, aut exhiberentur, articulatim producenda eſſent, & non ſolum actor ſuam intentionem, ſed etiam reus ſuam defenſionem per articulos proponere teneretur, Blum. *Proc.Cam.tit.68.num.6. & tit. 63. num. 20.* Vnde variae articulorum ſpecies atque diviſiones natae ſunt. Actor enim ſuam actionem iubetur intentare per articulos *poſitionales*. Hos aliquando ſimpliciter articulos, nonnunquam vero poſitiones appellari, monet idem Blumius *Proc. Camer. tit. 68. num. 13.* Nec ſane negandum eſt, poſitionem cum articulo a Doctoribus paſſim confundi. Poſitionis tamen verbum generale eſt, quod tanquam genus analogicum dividitur in poſitionem in ſpecie ſic dictam & articulum. Amplius *Clementina ſaepe de V. S.* poſitiones articulis opponuntur. Vmm. *Proc. Diſput. 13. th. 1. num. 3.* Strauch. *Diſſert. ad π. 25. th. 5.* Differunt vero (1) *fine.* Ponens intendit probare per confeſſionem adverſarii, & ita poſitiones propter veritatem ab adverſario eliciendam conſcribuntur; Articulans vero per teſtes vel inſtrumenta probationem ſuſcipit, atque adeo articuli propter ipſam probationem, teſtibus inſtrumentisve faciendam, conficiuntur. (2) *ordine.* Poſitiones praecedunt, & quicquid reus ad illas reſpondens inficiatur, de eo poſtmodum formantur articuli. (3) *effectu.* Ponens omnia, quae poſuit, confiteri praeſumitur, *l. 9. C. de liberal. cauſ.* & ſic poſitiones contra ipſum probant; non etiam articulans, *c. ult. de iureiurand. in 6.* quippe articuli contra articulantem probare non cenſentur, quicquid etiam ſenſerit Brunnemannus *Proceſſ. Civil. c. 17. num. 2.* ubi ſe illud non capere ait, ſed articulantem omnino aliquid aſſerere contendit. Verum enim vero ponens vult, ut adverſarius reſpondeat, quo per eius confeſſionem relevetur ab onere probandi; Igitur aequum eſt, ut ipſe quoque ponens ponendo confiteatur, atque adeo relevet adverſarium ab onere probandi, ne iudicium claudicet. Contra vero articulans non vult, ut adverſarius reſpondeat, nec eo fine ſuos producit articulos, ſed ut negata tantum per teſtes vel inſtrumenta probet. Non ergo articuli magis, quam interrogatoria, vid. Gomez, *3. Reſol. 12. n. 4.*

Articuli poſitionales.

Differunt poſitiones & articuli (1) fine.

(2) ordine.

(3) effectu.

Notatur Brunnemann.

num. 4. Vmm. *Disp. 16. th. 10. num. 67. in fin.* statim confessionem articulantis inducunt, Hiltrop. *Processʃ. Part. 3. th. 5. num. 43.* Atque eandem quidem sententiam tuentur Gail. *1. obs. 79. n. 6. 7.* Bocer. *Cl. 6. Disp. 22. th. 13.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. n. 6.* Vnde & si reprobans formet articulos, ac pro confirmatione petat articulorum probatorialium recognitionem, ea abiudicatur, quemadmodum docuit Dn. Svendendörfferus *Processʃ. Fibig. p. 1402. seqq.* daß Kläger die ꝛc. zu recognosciren nicht schuldig. (4) *formae.* Articuli semper, nisi loco ac tempore coarctati vel praegnantes fuerint, affirmative sunt concipiendi. Positiones vero etiam negative formari possunt, *c. 1. de confessʃ. in 6.* (5) *tempore* volunt differre, cum etiam publicatis attestatis positiones, non item articuli, proponi possint; de quo tamen nec immerito fortassis Brunnemannus *c. l.* dubitat, nisi quis instrumentis probare vellet. conf. Scacc. *lib. 1. de iudic. c. 60. num. 5. & lib. 2. c. 7. qu. 10. num. 450.* Gail. *lib. 1. Observ. 79.* Vmm. *Proc. Disp. 13. th. 1. num. 3.* Carpzovius *Proc. tit. 13. art. 4. num. 4.*

(4) forma.

(5) tempore.

X.

Quanquam vero Gailius *cit. Obs. num. 3.* docet, differentiam positionum & articulorum in praxi, maxime Camerae, tam accurate non observari; proprie tamen & καθ' ἐξοχὴν hic sunt positiones, quas actor in suo articulato libello, ad veritatem a reo, mediante categorica responsione, eliciendam proponit. Has si reus, vel omnes, vel quasdam, negaverit, actor tenetur formare articulos *probatoriales*, quos, ex istis positionalibus articulis, a reo per responsionem negatis, extractos ad probandum per documenta vel testes producit. Sin vero reus excipiat, tum suam exceptionem per articulos proponat, qui generatim vocantur articuli *exceptionales*, sive exceptio sit peremtoria sive dilatoria. Speciatim autem *defensionales* articuli vocari solent, quibus reus suam defensionem per exceptiones peremtorias, merita caussae principalis concernentes, articulatim proponit. Quamvis enim verbum *defensionis* nonnunquam pro qualibet exceptione, dilatoria aeque ac peremtoria, sumatur, *l. 56. ff. de condict. indebit.*

Praxis Camerae.

Articuli probatoriales.

exceptionales.

defensionales.

 l. 4.

l.4.& 11. C. de except. in praxi tamen articulos defenſionales dilatoriis exceptionibus ſemper opponi, teſtatur Blumius *Proceſſ. Camer. tit. 68. num. 15.* Doctores quidem accuratiores adhuc aliquod diſcrimen inter articulos defenſionales & peremptoriales conſtituunt: Defenſionales enim eſſe aſſerunt, quando reus ad ſui defenſionem allegat, actori nullam competere actionem, vel eandem iam ipſo iure eſſe ſublatam, atque adeo ſuas exceptiones, quas vulgo intentionis ſeu facti appellare ſolemus, articulatim proponit. *Peremtoriales* vero articulos eſſe volunt, quibus exceptiones, quas iuris nuncupamus, proponuntur, quae quidem actionem propoſitam non iam tum ipſo iure eſſe ſublatam, arguunt, ſed demum ope exceptionis elidunt. Blum. *c. l. num. 6.* Hinc illas etiam exceptiones, qui actionem proprie non perimunt, ſed verius elidunt, congruentius eliſorias vocari arbitratur. Speculator *Rubric. de exception. §. 1. num.* 1. Quam eandem ob cauſam practici articulos peremtoriales ſaepe *eliſivos* indigitant, nec raro defenſionales, peremtoriales & eliſivos pro ſynonymis habent, ac pro iisdem ſumunt. Quodſi reus, his eliſivis ſemel exhibitis, alios poſtea adiungat articulos, vocantur *ſuper-eliſivi* ſeu additionales eliſivorum-articuli. Liberum etiam atque integrum actori aeque ac reo, eſt, ſicubi priores forte articulos obſcurius conceptos exiſtiment, illis adiicere alios, qui dicuntur *declaratoriales* (declaratorii, declarativi) quibus articuli antea propoſiti melius & clarius explicantur, quos aliquando, abuſive tamen, additionales vocant. *Additionales* enim proprie ſunt, qui prioribus, cuiusque ſint generis, noviter adduntur. Quibus ſi adhuc alii articuli ſuperadduntur, *ſuperadditionales*, item additionales additionalium appellantur. Denique proditi etiam ſunt articuli *cauſales*, quibus cauſæ a reo in proceſſibus mandatorum cum clauſula, & pignorationis articulatim proponuntur & allegantur, quare iis parere non teneatur, vel quare pignoraverit. Qui illis cauſalibus ab actore opponuntur, modo *replicatorii*, modo eliſivi, modo defenſionales vocari ſolent. Conf. Blum. *Proc. Camer. tit. 68. n. 15. usque ad n. 20.*

[Margin: peremtoriales. — eliſivi. — ſuper-eliſivi. — declaratoriales. — additionales. — ſuperadditionales. — cauſales. — replicatorii.]

XI. Cum

XI.

Cum vero partes, earundemque Advocati, malitiosa litigandi, litesque protrahendi, libidine imbuti, articulandi modo nimium abuterentur: illum ob perniciosam processus prolixitatem, quam recenset late Blumius *Proc. Cam. tit. 68. n. 7.* non amplius ferendum, sed in suo territorio abrogandum esse primum Serenissimus Elector Saxoniae, Augustus, censuit *Part. 1. Const. 2.* Quem quidem morem deinceps in Comitiis anno 1654. Imperii Ordines comprobarunt *Recess. Imper. noviss. de anno 1654.* §. diesem nechst 34. §. Es sollen auch 37. §. zu Beförderung 64. & §. zu dermahliger 96. Quo loco obiter observandum, laudatum modo Imperii Recessum multa ex Processu Saxonico Electorali, tanquam accuratissimo, esse mutuatum. Libellus itaque articulatus a Saxonia & Camera exulat, adeo quidem, ut ceu ineptus ex officio reiiciatur, dentibusque dilaceretur. Carpzov. *P. 1. C. 1. d. 2. n. 1.* Quo facto soli hodie articuli probatoriales, reliquis explosis planeque abolitis, in Saxonia & Camera frequentantur, Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. n. 7.* Blum. *Proc. Cam. tit. 63. num. 5.* quos actor, reusve, ad probandum per testes vel documenta producit. Actori quidem si onus probandi incumbit, ille vel suae actionis intentionem, a reo negatam, probare satagit, certosque format articulos, qui *probatoriales* vel probatorii speciatim salutantur, vel ad exceptiones rei, omissa negatione, replicat, ad suamque replicam fundandam & probandam articulos conficit, quos Practici vocant *elisivos.* Et sic, ordine iubente, ad alterum tandem dissertationis nostrae membrum provehimur.

In Camera & Saxonia abrogatus est usus articulorum.

Exceptis tamen articulis probatorialibus.

qui ratione actoris dividuntur in probatoriales in specie

& elisivos.

XII.

Vocabulum *Elisivi* descendere existimo ἀπὸ τοῦ elidere, quod, auctoritate Maronis, idem est, ac perimere, enecare, stringendo premendoque praefocare, cum *lib. 8. Æneid.* inquit:

ut prima novercae

Monstra manu geminosque premens eliserit angues.

Et Suetonius *in Caesare* c. 39. *Saepe*, inquit, *prae turba elisi & exanimati sunt.* Idem *in Tiberio* c. 39. *Incaenante eo, plura & ingentia*

Elisivi Etymologia.

tia saxa fortuito superne delapsa sunt, multisque convivarum & ministrorum elisis, praeter spem evasit. Amplius iure Canon. probationes *elidi*, i.e. tolli dicuntur, *c. 5. §. si autem X. si lite non contestat.* Iure vero Civili τὸ elidere modo significat: agentem, accusantemve, mediante exceptione, repellere, *l. 2. §. 5. ff. de dol. mal. & met. except. l. 4. C. de Ord. Cogn. l. 17. ff. de evict.* modo idem est, ac excipientem replicatione summovere, *l. 27. §. 2. ff. de pact. l. 21. §. 1. ff. de pign.* Quam ultimam etiam significationem inpraesens nostram facimus. Actor enim exceptiones rei enervat atque elidit, mediante replica, ad quam fundandam formare tenetur articulos, quos in praxi vocamus *elisivos*, qui tamen omnino distinguendi sunt ab iis elisivis, quos reus ad exceptionem suam peremptorialem probandam conficit, actorique opponit, quorum mentionem iniecimus §. 10. Non immerito forte etiam eos nuncupare possis articulos *replicatorios* eo, quod per eos replicatur & resolvitur ius excipientis, *arg. §. 1. Inst. de Replicat. l. 2. §. 1. & 2. ff. de except.* Theophilus reddit: ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς. *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam, definitore Cicerone *in partit. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est *exceptio*) *refertur.* Vinn. *ad pr. Inst. de replicat.*

Synonymia.

XIII.

Descriptio articulorum elisivorum.

Quibus praemissis, haud difficile fuerit, aliquam articulorum elisivorum descriptionem, qualis quidem pro natura ac indole argumenti compositi dari potest, intelligere, nempe quod sint articuli, quibus actor replicam, ad impugnandam exceptionem a reo oppositam, articulatim concipit ac format. Quanquam haec ipsa descriptio saltem petita est ab eo, quod fit plerumque. Alioquin etiam articulos elisivos formari a reo ad convellendam replicam, atque adeo eisdem duplicam, & sic deinceps, inseri posse, ambigendum non est. Quemadmodum enim actor replicando, atque sic contra exceptionem, rei instar habetur: ita amplius reus, duplicando adversus actoris replicam, locum suum, quem excipiendo paulo ante mutaverat nonnihil, recipit atque tuetur. Enimvero

vero integrum, qui ſua etiam laude non deſtituitur, tractatum *de modo articulandi* Marcellus Cala conſcripſit, quem vetuſtate fere exoletum non ita pridem Dn. Praeſes a blattis vindicavit, eumque prelo denuo ſubiectum e tenebris in lucem, e ſitu & ſqualore in ſolem, nova praefatione addita, reproduxit. Mirari tamen merito ſubit, Virum Clariſſimum, qui modum articulandi ex profeſſo pertractandum perluſtrandumque ſuſcepit, de noſtro argumento alte ſilere, adeo, ut in integro libello ne apex quidem de articulis eliſivis extet. Vnde & non iniuria conqueritur Rulandus *de Commiſſ. Part. 3. lib. 1. c. 3. num. 1.* neminem ex aſſe modum conficiendi articulos tradidiſſe, inprimis autem carpit atque reprehendit Calam, illum, inquiens, quidem in titulo libelli hanc artem crepaſſe, eamque profeſſum fuiſſe, magis tamen, quomodo id, quod articulatum eſt, probetur, quam qua ratione articulandum ſit, docuiſſe. De quibus ſilet Cala.

XIV.

Quamvis autem Rulandus exiſtimet, ſe docto & ſatis amplo tractatu, quem *de Commiſſariis* compoſuit, hanc articulandi artem ad amuſſim explicaſſe, & exacte demonſtratam dediſſe: idem tamen voluntati atque expectationi noſtrae non ſatis reſpondet, ſed articulos eliſivos alto transmittit ſilentio. Aſt quid de Carpzovio, ICtorum Saxonicorum Principe, dicemus? Non piguit ejus monumenta a capite usque ad calcem excutere; neque tamen quicquam in iisdem, quod meo inſerviret inſtituto, inveſtigare licuit. Atqui autem argumentum eſt ſcitu neceſſarium, & quotidiana ſe vindicat utilitate, ut omnino operae pretium fuerit, eidem, quo par eſt, ſtudio incumbere. Neque vero Advocatum ſagacitatem ſuam magis probare poſſe putem, quam ſi argute replicam, ad elidendam exceptionem a reo oppoſitam, articulis probatoriis concludat, atque adeo articulis eliſivis concipiendis artificium ſuum exerat. Cum autem me inpraeſens ſubſidia, quæ aliis ex ſcriptoribus in promptu eſſe ſolent, fere deſtituant, nec ego etiam hactenus in foro, ipſisq; rerum argumentis, verſatus fuerim, veniam facile me impetraturum confido, ſi nonnulla ſaltem, quae quidem maximam partem ex Dn. Praeſidis ore, quod ingenue fateor, obſervavi, hoc loco, quo fieri poteſt

Rulandus. Carpzovius. Excuſatio autoris.

ordine, sub incudem revocavero, ulterioremque utilissimi argumenti tractationem alii tempori reservavero. Sicubi vero forsan mihi vocabulis minus latinis, quibus tanquam terminis technicis supersedere non licebat, uti contigerit, aequos rerum aestimatores, ne in finistram interpretentur partem, nec mihi vitio vertant, obsecro, cum summorum virorum autoritate suffulciar, neque etiam, nisi iisdem adhibitis, mea animi sensa commode satis exprimere possem.

XV.

Ars articulandi maxima est.

Articulandi artem summum inter Causidicos tenere gradum, & antiquis committendam esse Advocatis, expertisque Procuratoribus deferendam, recte monent Rulandus *de Commiss. Part. 3. lib. 1. c. 2. n. 1. & 2.* Vmmius *Proc. Disp. 13. th. 13. n. 64.* ut merito apud Italos vulgo dici soleat: *Negli articuli, sono si periculi*, i. e. in articulis sunt pericula, ut refert Vrsill. *Super septem. Decis. Afflict.* Advocatum ergo circa confectionem articulorum, ut concinne formentur cauteque concipiantur, sollicitum esse ac diligentem oportet. Quodcunque vero generatim de articulis ratione conceptionis dicitur, idem fere omne in nostra quoque articulorum specie repeti posse existimo. Omnes autem articuli, atque adeo etiam elisivi, (1) *affirmative* & per verbum θετικῶς, Germanice Wahr / concipiendi, *Recess. Imper. de anno* 1654. §. zu welchen Ende. *49. vers.* durch das Wort: Wahr. Brunneman. *Proc. Civil. c.* 17. *num.* 19. (2) debent *quotari* & dinumerari, alioqui pro ineptis habentur, & reiiciuntur. Ruland. *de Commiss. Part. 3. lib.* 1. *c. 2. n. 9. in fin.* (3) Pars articulans sollicite curet, ut *succinctos*, breves & momenta necessaria continentes articulos conficiat, *dict. Recess. Imp. de ann.* 1654. §. zu welchen Ende *49. vers.* etliche kurtze *probatorial articul. Ord. Proc. Sax. tit. 20.* §. 7 *vers.* daß sie fein rund. Ruland. *c. l. c. 3. n. 3.* Carpz. *Proc. tit. 13. art 4. n. 8. & 9.* Caveat itaque, ne multiplicet suos articulos: Nam, ut loquar verbis Oldendorpii *tit. de posit.* nunquam tutum est in his, quae sigillatim probanda sunt, uno atque eodem orationis contextu multa copulatim proferre, altera enim parte non probata, totus corruit articulus, *l. 13. §. 3. ff. reb. dub. caus.* 3. *qu. 9. can.* 17. conf.

articuli sint (1) affirmativi.

(2) quotati.

(3) succincti.

conf. Ruland. *P. 3. lib. 1. c. 3. n. 3. & 4.* Quod tamen ego quidem, nisi egregie fallor, restringendum putem ad articulum, qui homogenea continet; Contra vero ad articulum heterogenea complectentem quod attinet, affirmare potius ausim, eundem constituere exemplum regulae: *Utile per inutile non vitiatur, l. 1. §. 5. ff. de V. O.* Caveat porro articulans, ne verbis nimium obscuris concipiat articulos, utpote qui a iudice aeque, ac ab adversario, repudiantur, exemplo *l. Domitius 27. ff. qui testam. fac. ubi aut*, inquit Celsus, *non intelligo, quid sit, de quo me consulueris, aut valde stulta est tua consultatio.* (4) Articuli sint *certi* & concludentes, ac fundent intentionem articulantis, *Ord. Proc. Sax. tit. 20. §. 7.* Nemo enim debet admitti ad id, quod probatum non revelat, *l. 21. C. de prob.* Gail. *lib. 1. Obs. 81. n. 1. & 2.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. num. 17. Mev. Part. 3. Dec. 141. & Part. 4. Dec. 51. n. 2.* Hinc impertinentes reiiciendi sunt, & testes super iisdem examinati nihil dixisse videntur, *Recess. Imper. de anno 1654. §.* Wenn nun der Beklagte *45. Ord. Process. Saxon. tit. 20. §. 7. vers.* und hierinne allen unnöthigen Uberfluß vermeiden. Ruland. *P. 3 lib. 1. c. 4. num. 1.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. num. 15.* quod adeo verum est, ut, si manifeste evidenterque appareat, articulos esse plane impertinentes atque irrelevantes, iudex ne quidem cum clausula: *Salvo iure impertinentium & non admittendorum*, eos ad probandum recipere possit, ex regula generali, quod impertinentia non sint frustra admittenda, *l. 13. §. 2. ff. de iureiurand.* & jura improbent ac detestentur actus frustraneos atque superfluos, *l. 14. §. 1. ff. ut leg. caus. caveat. l. 3. pr. ff. de iureiurand.* Carpzov. *Proc. tit. 13. art. 4. n. 21.* Gail. *lib. 1. Obs. 81. n. 2.* Ruland. *P. 3. lib. 1. c. 5. num. 3.* Quae omnia nostris procul dubio articulis accommodari poterunt. Quemadmodum autem (5) actor articulos suos probatoriales speciatim dictos, quibus actionis suae intentionem probare satagit, ex substantia & contentis seu visceribus, uti loquimur, libelli petere tenetur, *Ord. Proc. Sax. tit. 20. §. 7. vers.* und allein auff dasjenige gesehen/ darauff der Sachen Grund stehet. Carpzov. *Process. tit 13. art. 4. num. 10.* Ruland. *P. 3. lib. 1. c. 3. num. 7.* Gail. *lib. 1. obs. 81. num. 5.* ita articulos elisivos,

(4) certi.

(5) probatoriales in specie ex libello.

Elisivi ex replica.

quibus intentionem suae replicae fundare probatamque dare intendit, ex ipsis replicationis momentis meritisque desumendos esse, facile liquet. Replica enim fons est, ex quo articuli elisivi promanare debent, quo quidem non attento, eosdem, ceu impertinentes, tam a iudice, quam ab adversario, reiici posse, nullus dubito.

XVI.

Articulorum elisivorum materia.

Exceptiones dilatoriae.

Exceptiones peremtoriae apparenter tales.

Illud modo est intelligendum, articulos elisivos, usu fori, non solum eos appellari, qui comparati sunt ad elidendas exceptiones peremtorias, sed etiam quibus exceptiones dilatoriae, ante litem contestatam oppositae, oppugnantur. Replica est elisio exceptionis, nullo exceptionum discrimine, sive sint peremtoriae sive dilatoriae saltem. Par igitur ratio sit necesse est articulorum elisivorum, ita, ut ad utriusque generis exceptiones commode referri possint. Amplius nec illud hoc loco praetereundum, quod attinet ad exceptiones peremtorias, nihil interesse, utrum exceptiones sint vere tales, h. e. quae actionem, iure constitutam, repellunt, cuiusmodi est pacti de non petendo, an apparenter saltem, quae ad excludendam actionem non sunt efficaces, v. c. cum reus opponit exceptionem praescriptionis, actor vero replicat de interruptione. Neque enim, quae ab actore replicando interrupta dicitur, vere praescriptio nuncupanda est, nec, quod huic consequens est, exceptio praescriptionis vere talis. Igitur articuli elisivi utriusque generis exceptiones complectuntur. Enimvero repugnantia sunt ICtis, liberari ipso iure, & liberari per exceptionem, *l. 34. §. 1. ff. de O. & A.* Similiter aliud est, defensionem rei omnino esse nullam, aliud per aliam defensionem replicari & resolvi ius exceptionis. Nam & replicatio ipsa quaedam exceptio est, sed quae a parte actoris venit, *l. 2. §. 1. ff. de except.* Vicissim autem nihil interest, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. 112. ff. de R. I.* Hinc actio, quae eliditur per exceptionem, dicitur denegari, *l. 1. §. 1. l. 7. §. 6. ff. ad SCt. Maced. l. 9. pr. ff. de iurei.* dicitur non dari, *tit. ff. quar. rer. actio. non datur. l. 53. §. 1. ff. de evict. l. 20. §. 3. ff. de liberal. caus.* inspecto

vide-

videlicet eventu & effectu. Ratio enim tollendae obligationis, ordoque longe diversus est. Vnde & usu interpretum iam obtinuit, ut omnis generis defensio, quae modo agentis intentionem repellit sive iuris sive facti negatione, exceptio dicatur. Quo pertinet partitio exceptionum, vulgo celebrata, in exceptiones iuris & facti sive intentionis. Pari modo effectu nihil interest, ipso iure quis exceptionem non habeat, an per replicationem infirmetur.

XVII.

Ecquid autem pronuntiabimus de exceptionibus facti sive intentionis? numne articulos elisivos eas etiam complecti existimabimus? Videndum, num replica detur. Fac, reum, conventum ex stipulatu, se tueri exceptione acceptilationis. Amplius fac, actorem replicare de pacto acceptilationi contrario, ut petatur, numne pactum habebit vim replicae, consequenter articulo elisivo concludi poterit? Non putem, cum effectu posse. Nam reus facile duplicabit: acceptilatione, exceptionis loco a se opposita, iam ipso iure sublatam esse actionem, atque adeo nullum penitus agendi ius penes actorem relinqui. Neque vero pactum de petendo, post acceptilationem initum, eam habet vim ac potestatem, ut vel novam actionem parere possit, vel veterem resuscitare, ipso semel iure plane pleneque extinctam. Quod quidem de sententia iuris Romani est intelligendum. Atque hoc significat ICtus *l. 27. §. 2. ff. de pact.* cum ait: *in stipulationibus ius contineri*, id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam, eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso iure liberemur, non facto aliquo nostro, hoc est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & obiectione. *At*, pergit idem deinceps: *in pactis factum versatur*, id est, pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, siquis initio litis pactum sit contestatus, eiusque pacti exceptionem in iudicium deduxerit. Haec enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademq; hic exceptionis & replicationis est ratio. Veluti cum creditor,

Utrum exceptiones facti huc pertineant?

Ius Rom.

L. 27. §. 2. ff. de pact. explicata.

 tor,

tor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic prius pactum de non petendo non extinguit obligationem & actionem ipso statim iure, quemadmodum nec exceptio, debitori priore pacto quaesita, posteriore pacto de iterum petendo ita tollitur, ut ea agenti creditori in iudicio opponi non possit. Neque enim prius pactum tollitur per posterius ipso iure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior sit interposita, *d. l. 27. §. 2. ff. de pact.* Vinn. *ad pr. Inst. de replicat.* Secus autem obtinet moribus hodiernis, utpote quibus spectatis pactum etiam nudum ad agendum proficere in vulgus notum est. Quanquam consultius videtur, tum actorem, praetermissa per acceptilationem extincti debiti mentione, illico ex novo pacto, modo petendi causam expresse vel tacite contineat, experiri. Neque non eandem hodie pacto de non petendo, quam Iure Romano acceptilationi, vim esse tribuendam crediderim vel propterea, quia si ex pacto nudo competit actio, consequens est, multo magis pactum de non petendo ipso iure obligationem actionemque submovere, quandoquidem iura proniora sunt ad liberandum, quam ad obligandum, *l. 47. ff. de. O. & A.*

Mores hodierni.

Cautela.

Hodie pacti de non petendo & acceptilationis eadem vis.

XIIX.

Actor, articulos elisivos caute formaturus extrahat commissionem.

Quo vero Actor suos articulos elisivos caute circumspecteque concipere queat, bene sibi consulit, si prius, quam ad judicium cum adversario convolet, commissionem a Superiori in causa, inprimis intricata, extrahat, & Commissarios vel ipse eligat, vel a Principe pro libero arbitrio constitui petat, qui causam summarie cognoscant, & amicabilem compositionem tentent. Tum enim partes praetextu amicabilis compositionis, & amore speratae concordiae in iuribus suis ostendendis faciliores esse solent, & sic facile arcana causae suae produnt. Dn. Stryk. *Introd. ad prax. forens. c. 2. §. 20.* maxime quidem, si Commissarii (quam cautelam iis ad litem facilius componendam commendat modo laudatus Dn. Stryk. *c. l. §. 24.*) adversarios ad eundem convictum invitent, ut ita, quod verbis

non

non possunt, hilariori potu efficiant. Quo quidem facto actor, licet sibi cum rigido & heteroclito adversario negotium esse videat, qui contendere, quam amicabili compositioni se submittere, malit: eam tamen consequetur inprimis utilitatem, ut exceptiones non solum, quibus pars adversa nititur, sed & earum fundamenta & causas per hoc stratagema expiscari, iisdemque deinceps cognitis perspectisque, momenta replicae eo cautius conquirere, majoremque in articulis elisivis formandis curam ac diligentiam adhibere queat; siquidem tela praevisa minus nocent, nihilque aut parum interesse videtur, utrum reus nullas plane exceptiones habeat, an habeat quidem, quae tamen per actoris replicam elidi submoverique possint, *arg. l. 112. de R. I.*

Qua expiscari possit exceptiones adversae partis.

XIX.

Maxime e contrario actor caveat, ne generalem sibi exceptionem, v. c. *non competentis actionis*, *tua non interest*, opponi admittat. Nam alioqui cum ignorat genera exceptionum ac fundamenta, quo pacto replicam iisdem opponere, eamque articulis elisivis complecti poterit? Neque enim, quod quibusdam persuasum esse videtur, reus cum ejusmodi exceptionibus generalibus, v. c. tibi non competit actio, tua non interest, & similibus, est audiendus, Brunnemann. *Proc. Civil. c. 16. n. 11.* Exceptio generica nullius est momenti. Vasq. *illustr. controv. Part. 2. lib. 2. c. 32. n. 13.* ubi hoc Bartotum & Doctores communiter per textum *in l. 36. ff. de legat. 1.* tenere testatur. Imo vero reus, posteaquam ad actoris libellum responderit, illud faciendum habebit, ut omnes suas exceptiones, quascunque habet, congerat & opponat, sed distincte & articulatim & minutatim, nec satis sibi esse putet, contestationem facere generalem, qualis fieri solet, oppositis in globo & in genere vulgaribus exceptionibus iuris carentiae, ut loquuntur, incompetentiae actionis, male agis, tua non interest, & aliis hujusmodi. Talibus enim exceptionibus, non nisi generaliter oppositis, nullam earum rationem habere iudex debebit, Anton. Faber. *in Codice lib. 9. tit. 22. art. 17.* Neque exceptio: actorem non satisfecisse contractui, non expressa causa, relevat, Klock. *Vol. 3. Consil. 149. n. 325.* Enimvero Docto-

Exceptio generalis v. c. non competentis actionis, & similis non est admittenda.

Doctores, quos modo commemoravi, rationes, quibus suam confirment sententiam, in medium non proferunt; haud tamen difficile fuerit, eas in praesens subministrare. Primum enim reus excipiendo fit actor, *l. 1. ff. de except. l. 19. pr. ff. de probat.* Iam actori non licet libellum actionis generaliter, absque specialis causae debendi, & iuris, ex quo agat, expressione, concipere. Et in actione quidem reali causam proximam, v. c. dominium vel quasi; in actione vero personali remotam, eamque specialem, puta contractum, delictum, aliudve, propter quod reum sibi obligatum esse existimet, exprimi oportet, *l. 14. §. 2. iunct. l. 11. §. 2. ff. de except. rei iud. c. ult. X. de libell. oblat.* Quodsi ergo agendi causa in sola & simplici obligatione, expresso licet fundamento generali, v. c. contractu, non speciali, v. c. emti venditi, fundetur, libello obscuritatis & generalitatis exceptio obstat, qua opposita, pronunciatur: daß Beklagter auf die Klage / immassen sie anbracht / sich einzulassen nicht schuldig. Dn. Svendendörff. *Proc. Fib. p. 279. & seq.* Libellus igitur debet esse specialis, non generalis, quippe quem iudex nunquam admittere, sed ex officio etiam, parte altera licet non petente, reiicere, & dentibus, uti vulgo loqui amant, lacerare tenetur, Mev. *P. 1. Dec. 42. & P. 5. Dec. 92.* Quemadmodum itaq; actor causam actionis specialem exprimere iubetur: ita quoque reus ex natura correlativorum causam exceptionis designare, hoc est, speciales exceptiones opponere tenetur. In praeparatoriis enim iudicii favorabilior reo habetur actor; hinc in dubio libellus in favorem actoris est interpretandus, *l. 66. ff. de iudic.* Quod ergo actori circa libellum actionis non permittitur, quo ore idem reo, quod ad exceptiones attinet, licere dicemus? *arg. l. 41. ff. de R. I.* Quodsi urgeas, imo vero exceptionum momenta ad medium iudicii esse referenda, in promtu est, quod replicari possit, nempe in medio actorem & reum ad paria diiudicari, Bachov. *ad Treutl. Vol. 1. disp. 5. th. 1. lit. B.*

(1) quia libellus generalis non admittitur.

XX.

Quotus quisque porro non animadvertit, reum in fraudem articulorum elisivorum generalem exceptionem opponere minime posse? In iudiciis enim, & maxime quidem, spectanda est aequitas,

l. 4.

l. 4. §. 1. ff. de eo, quod cert. loc. Iam iniquum fuerit, obscura rei exceptionum oppositione actori replicandi, formandique articulos elisivos, occasionem praecidi. Quid, quaeso, consilii reliquum actori existimes? Si obmutescat, quippe cum non habeat, quod regerat & replicet, causa omnino cadit, iureque suo plane excidit; Contra vero reus versutus, hoc adhibito stratagemate, absolvitur. Sin autem replicet actor, & ad replicam hanc probandam formet articulos elisivos, in bivio ac incerto versatur, nescius, quid factu opus sit, ne sub iustissimae causae clypeo per adversarii versutiam misere succumbere opus habeat. Quodsi hoc permitteretur, omnes sane rei, qui nunquam non subterfugia quaerere solent, atque ideo non immerito φεύγοντες seu fugientes salutantur, nulli penitus bonitati causae confisi, hac cautela catervatim uterentur, eamque non sine insigni actoris iniuria ambabus manibus arriperent, cum hoc modo iudicium declinare, actorisque intentionem eludere possent.

XXI.

Itaque cautela, quam nonnulli, nescio quo argumento, commendant, ut reus litis contestationi factae subiungat exceptionem saltem generalem v. c. non competentis actionis, eaque actori intervertat copiam potestatemque formandi replicam, concipiendique articulos elisivos, vix se tuetur. Imo vero hanc esse idoneam ex parte rei cautelam tantum abest, ut ea potius in odium detrimentumque ipsius rei converti posse videatur. Actor namque hanc ipsam rei calliditatem parili facile calliditate compensabit, atque obtendet, reum perinde esse habendum, ac si plane non excepisset: paria esse, non excipere, vel excipere quidem, sed illegitime: exceptionem oppositam non oppositam intelligi, neque attendi, atq; quod huic consequens est, reum deinceps cum reprobatione non esse audiendum: articulos item super exceptionibus, non statim post litem contestatam, sed multo post expressis determinatisque, conceptos esse impertinentes, *arg. Ord. Proc. Elect. Sax. tit. 21. §. 4.* Amplius si actor pro oscitantia sua nihilo secius reo permitteret, ut articulos reprobatorios super exceptionibus speciali-

Sed reus cadit reprobatione.

Quam si actor fieri permittit, non habet reprobationis reprobationem.

bus, modo expressis, formaret, dubitari posset, utrum actor ad reprobationis reprobationem foret admittendus. Enimvero *praedict. Ordinat. Processſ. tit. 21.* §. da auch *in fin.* cautum legitur, reprobationis reprobationem toties habere locum, quoties reus admittitur ad deducendas exceptiones, litis contestatae tempore minus oppositas, hanc quidem ob rationem, quia actor propter iustam ignorantiam ad incognita articulos extendere non potuit. Iam par ratio, idemque ignorantiae gradus esse videtur in exceptione, generatim litis contestationi annexa, & postmodum in reprobatione speciatim deducta; neutro enim casu actorem exceptiones articulis probatoriis refutare potuisse, palam est. Verum quemadmodum locus iste ad eum saltem casum adstrictus legitur, cum reo exceptiones aliquae, de quibus tempore contestatae litis notitiam non habuit, noviter supervenerunt: ita facile apparet, rationem exceptionis consistere in eo, quod per actorem non stetit, quo minus intra terminum Saxonicum probationes suas super replica, atque adeo per articulos elisivos, expedire potuerit; Contra vero nemo non intelligit, actorem illo casu culpa haud vacare, dum tempestive, & re adhuc integra, ne reus ad reprobationem admitteretur, non fuit protestatus, aut saltem, ut a reo exceptio, generatim opposita, declararetur, postulavit. Cui quidem sententiae inserviunt argumenta, quae in simili produxit Berlichius *Part. 1. Dec. 50. n. 16. seqq.*

XXII.

Generalis clausula, praemissis exceptionibus specialibus annexa, non expressas haud complectitur.

Neque melior est illa cautela, quam iam sua aetate ab Advocatis esse tentatam, Vasquius testatur *illust. controv. Part. 2. lib. 2. c. 32. n. 15.* ut reus post aliquas exceptiones, nominatim oppositas, subiiciat, se opponere omnes exceptiones, sibi undecunque competentes. Nam illa etiam clausula, cum nimium generalis atque adeo incerta sit, minime sufficit, secundum communem sententiam, quam refert atque depraedicat idem Vasquius *c. l.* Neque vero eidem clausulae subsidio itur, si vel maxime *ex l. 4. §. 4. ff. si quis caution.* argumentum huc arcessere velis. Locus quippe ille agit de renuntiatione exceptionum generali, renuntiationi

prae-

praemissarum aliquot specialium subnexa; atque id arguit, generalem renuntiationem in casibus etiam non-expressis idem operari, quod renuntiatio specialis, modo exceptiones expressae quadam quasi affinitate exceptionibus non-expressis coniunctae atque connexae sint, ut ita colligi possit, probabiliter de reliquis fuisse cogitatum. Exemplum est in beneficiis fideiussoriis. Fideiussor renuntians speciatim beneficio ordinis, subiuncta renuntiatione reliquorum fideiussoriorum beneficiorum generali, iisdem valide se abdicat. Sed inde minus recte colligas, expressis modo aliquibus exceptionibus specialibus, subtextam exceptionem generalem reliquas omnes, quae quidem cum expressis nullam habent cognationem, sed ab iisdem substantia ipsa discrepant, valide ambitu suo complecti.

XXIII.

Quod autem Antonius Faber *in Codic. lib. 9. tit. 22. art. 17.* amplius tradit: neque illarum quidem exceptionum, quae in specie ac nominatim oppositae fuerint, iudicem habere rationem oportere, si non earum quoque media & extrema eodem actu contestationis specificae deductae sint &c. idem illud iure, vel Iustinianeo, vel Saxonico, & quod huic se conformavit, Imperii iure, vix obtinere videtur. Iure Iustinianeo quidem contestatio amplius necessaria non est, sed exceptiones indifferenter lite contestata opponuntur, *l. 2. C. sent. resc. non posse.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. Disp. 26. th. 5. lit. C.* & tractantur usque ad sententiam, *l. 4. & 8. C. de except.* Saxonico autem & imperii novissimo iure certo certius est, reum partibus suis bene functum videri, sicubi litis contestationi exceptiones peremtorias, easq; in universum omnes, simul subiecerit, *Ord. Proc. Elect. Sax. tit. 11.* §. Es soll aber/ *Recess. Imp. de ann. 1654. §. 37. & 38.* Sufficit, inquam, exceptionum oppositio, quemadmodum ex verbis: einbringen/einwenden / quae dictis textibus habentur, lucide arguitur; neque requiritur, ut reus pariter argumenta probationis, quibus exceptiones oppositas probare intendat, exprimat ac designet, quod quidem fieri, licet actori ad tanto melius fundandam replicam, deducendosque arti-

Reus modos probandi exceptiones exprimere non tenetur.

ticu-

ticulos elisivos utile sit: tamen non est necesse, cum nusquam praeceptum intelligatur, usus quoque iudiciorum quotidianus aliud comprobet. Quamobrem aliam actori cautelam, pro extrahenda scilicet commissione, ad obtinendum illum scopum subministravimus §. 18. Quod autem dixi: non necessariam esse modi probandi adiectionem, iure Saxon. est intelligendum de sola probatione ordinaria. Namque reus, si velit super una alterave exceptione deferre iuramentum, hoc ipsum statim post litem contestatam facere, vel sibi saltem iuramenti delationem reservare tenetur; non reservata deinde in sententia haud attenditur, & frustra a reo urgetur. Quanquam sane aequius est, a reo post litis contestationem reservatam, licet sententia expressis verbis non contineatur, tamen clausula sententiae apponi solita: **und andere rechtliche Nothdurfft** / intelligi, Dn. Svendendörff. *Proc. Fibig. p. 1391.* Amplius necesse non est, ut reus exceptionum, speciatim oppositarum, speciales etiam circumstantias adiiciat; sed sufficit omnino, eundem ipsas exceptiones designasse, ut intelligatur, quaenam obiectae fuerint. Vnde non repudianda est exceptio, cum reus litem contestatus dicit: **Es sey eines und das andere auf die libellirte Schuld bezahlt.** Quibus quidem verbis satis liquido indicat exceptionem solutionis, nec magis summam sive quantitatem solutam designare tenetur, quam ipsum tradere probandi modum.

Adiectio circumstantiarum, in exceptionibus speciatim oppositis non est necessaria.

XXIV.

Actor super articulis elisivis iuramentum deferre potest.

Hactenus ergo de formandis cauteque concipiendis articulis elisivis solliciti fuimus, iuxtimque actori cautelam suggessimus, ne generales exceptiones sibi opponi concedat, sed strenue urgeat, ut reus causam specifice exprimat, quo suos articulos elisivos concinne ac congrue formare queat: Neque vero sufficit, eos ipsos circumspecte confectos esse, sed necessitatis ratio iubet porro atque postulat, ut legitime probentur. Quodsi igitur actor videat, se articulos suos elisivos, argute quidem conceptos, per testes tamen vel instrumenta probatos dare non posse, vel etiam illud ipsum sibi propter nimiam ordinariae probationes prolixitatem,

tem, non consultum proficuumque fore existimet, cardo quaestionis in eo vertitur, utrum actor in defectu aliarum probationum, vel si citius se lite extricare, sumtibusque in producendis testibus parcere velit, super articulis elisivis iuramentum reo deferre queat? Iure Civili.
Iure quidem Civili id licere, nulli dubitamus, quippe quo expresse constitutum legitur, iuramentum in quovis iudicii articulo deferri posse, *l. 12. C. de reb. cred. & iureiurand.* Quod quidem procedere volunt, etiamsi actor probare coeperit & a probando destiterit, imo probaturus defecerit. Franzk. *tit. de iureiurand. num. 108.* Amplius eum, qui in prima instantia ob inopiam probationum succubuit, in secunda adhuc iuramentum deferre posse, statuit Mevius *Part. 4. Dec. 5.* Alii vicissim, termino etiam probatorio praeterlapso, iurisiurandi delationi locum esse, quos commemorat ac sequitur Brunnemannus *ad d. l. 12. n. 15.* Ideoque non immerito dicitur maximum expediendarum litium remedium, *l. 1. ff. de iureiurand.* omnis controversiae finis *ad Hebr. VI, 16.* & venuste τελευταία καταφυγή, *novissimum refugium, Nov. 73. cap. 4.* vid. Wissenb. *Disputat. ad π. 24. th. 18.* Nemo itaque, opinor, fuerit, qui iure Civili super articulis elisivis iuramentum deferri posse, vel leviter ambigat.

XXV.

Ius vero Saxonicum quod attinet, id aliquibus nos involvit dubiis, utpote quo, si vel guaranda praestita, vel lis pure absque reservatione contestata est, actor iusiurandum deferre, & eventum litis causaeque victoriam conscientiae rei committere non potest, sed illud ipsum vel ante guarandam praestitam vel litem pure riteque contestatam, pro more fori Saxonici facere tenetur. Alterutro horum facto, actor, iuramentum deferens, ulterius non auditur, *Ord. Proc. Sax. Elect. tit. 18. pr. vers.* iedoch daß es 2c. licet ante litem contestatam, vel guarandam praestitam, protestando sibi facultatem deferendi iuramentum reservasset, *dict. Ord. tit. 18. §. 1. vers.* ob er gleich zuvor derentwegen protestiret. Quemadmodum igitur replica post litem demum contestatam ad elidendas exceptiones opponitur; ita super ea, & quod huic consequens est, Iure Saxonico.

 super

super articulis elisivis non deferri posse iuramentum videtur. Verum enim vero actor replicando fit reus, & replicatio nihil est aliud, quam exceptio actori competens, ad exceptionem rei excludendam & refutandam, *l. 2. §. 1. ff. de except. princ. Inst. de replicat.* Hinc etiam dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *l. 22. §. 1. ff. de except.* nec non privilegio exceptionum gaudet, *l. f. ibique Dd. C. de edend.* Imo actoris replicantis partes favorabiliores esse solent, quam quidem partes rei excipientis, *Gloss. in dict. l. f. C. de edend.* Sicuti itaque reus, iure etiam Saxonico, super exceptionibus post litem contestatam oppositis deferre valet iuramentum: ita rationis est, actori quoque super replica, post litem contestatam, id facere licere, maxime cum praesagire & divinare facile non possit, quas exceptiones reus animo suo complectatur, quibus elidendis statim libello inserat replicam. Accedit, quod ius Saxonicum hac parte sit exorbitans a iure Communi, quemadmodum praecepimus, atque adeo, ut conceptis verbis solum de ipso libello, eiusque causa & fundamento, loquitur *Part. 1. Const. 11.* ibi: der Kläger nicht mehr Macht haben soll / **den Grund der Klage** dem Beklagten / wie auf Sächsischen Boden gebräuchlich/ zu deferiren / &c. & *Ord. Proc. tit. 18. §.* So der Kläger/ ibi: **die Klage** ins Gewissen schieben/ und den Eyd **derowegen** deferiren wolte / &c. ita de hoc solo casu explicandum: Ceterum idem ius Saxonicum de iuramenti delatione, qua actor ad fundandam replicam utitur, mentionem facit nullam. Igitur in hoc processus articulo facultatem deferendi iusiurandum intactam illibatamque dispositioni iuris Civilis reliquisse censetur. Quam etiam sententiam autoritate consult. const. Saxon. *Tom. 1. Part. 1. quaest. 64. n. 2. sub fin. & 3.* innixus sequitur Berlichius *Part. 1. Concl. 29. n. 66. & 67.* ac quotidiana in foro experientia comprobat.

XXVI.

Modo iure Sax. in ipsa statim replica iura-

Modo intelligamus, actorem debere statim in ipsa replica deferre reo iuramentum, aut certe super ea delationem iurisiurandi, deinceps in articulis elisivis faciendam, sibi reservare. Quorum

rum quidem alterutro non facto, res non est integra, ut actor postmodum super articulis elisivis iuramentum deferre possit, argumento videlicet iterum a reo ducto, utpote quem super exceptionibus, litis contestationi subnexis ante iniunctam acceptatamve reprobationem deferre iusiurandum oportet, *Ord. Proc. tit. 18. §. de aber.* idque vel formaliter ac realiter, vel certe virtualiter & verbaliter per reservationem, ut loqui amat Dn. Svendendörff. *Process. Fibig. p. 1391. n. 3.* Postea enim iuramenti delatio non admittitur, sive fiat in articulis reprobatoriis, sive non. Quod itaque iuris conceptis verbis in reo excipiente hoc loco constitutum legimus: idem etiam ad actorem replicantem, qui illius iure censetur, esse accommodandum, & ratio praecipit, & iuris imperat analogia. Ita quidem vulgo statui solet. At enim, re diligentius cogitata, verius est, non necesse esse, ut actor factae litis contestationi statim subiiciat replicam, super eave deferat iusiurandum, aut potestatem deferendi iurisiurandi sibi servet, prouti satis, opinor, a nobis demonstratum est *disquisit. quousque actori, reove, in foro Sax. Elect. liceat deferre iusiurand. th. 3.*

mentum vel deferat vel reservet.

Quae limitatio improbatur.

XXVII.

Cautus tamen sit hoc loco actor, ne replicam libello statim inserat, maxime si, quo pacto eam probatam dare possit, aut utro probandi genere uti, consultius sit, nondum satis intelligat. Atque adeo expectet potius, donec reus excipiat, quo deinceps super ipso probandae replicae modo sensa animi sui colligere queat. Alioqui replica, libello protinus inserta, habebitur pro parte libelli, de qua post litem, a reo contestatam, vel guarandam, ab actore praestitam, iurisiurandi delatio in foro Saxonico locum sibi vendicat nullum, neque articuli inde formati proprie reputantur pro elisivis. Age vero, rem exemplo, quod in summo Provocationum iudicio Elect. Saxon. accidit, illustremus: Actor instituit hereditatis petitionem, non simplicem tamen, sed qualificatam, puta nullitatis querelam; Ait enim: se esse quidem heredem ab intestato, reum vero possidere hereditatem, eamque praetextu testamenti, sed vitio nullitatis laborantis. Reus

Caveat actor, ne replicam libello inserat, si deinceps super ea iuramentum deferre velit.

Praeiudicium in praxi.

Reus litem conteſtatur, atque teſtamenti exceptionem opponit. Actor autem replicat, teſtamentum eſſe nullum, formatque ex hac replica articulum eliſivum, & reo de eodem iuramentum defert. Quaerebatur ergo, utrum locum haberet iuramenti delatio? Qua de re variantibus Patrum ſententiis fuit pronunciatum. Pro affirmante quidem ſententia militat, quod nullitas teſtamenti non principaliter, ſed ſaltem incidenter & eventualiter in caſum futuræ exceptionis libello inſerta fuerit; quandoquidem certo non conſtabat, utrum reus exceptionem teſtamenti oppoſiturus ſit, nec ne; ut proinde articulus omnino haberi debeat pro eliſivo, ſuper quo iurisiurandi delatio licita eſt.

Ratio dubitandi.

XXVIII.

Rationes decidendi.

Contra vero ſententia negans non minus ſuis ſe fulcit rationibus. Namque nullitas teſtamenti hoc caſu omnino eſt pars libelli, atque adeo ſecundum regulas proceſſus Saxonici iuramentum ſuper eadem, tanquam libelli parte, ante litis conteſtationem deferri debuit. Quinimo re penitus exactiusque conſiderata, in exemplo propoſito, non ſimplex hereditatis petitio, ſed querela nullitatis, in iudicium eſt deducta, quae, cum ad impugnandum teſtamentum ſit comparata, non poteſt non ſimul exceptionem teſtamenti praeſupponere. Querelae nullitatis teſtamentariae duo ſunt fundamenta, alterum ius ſuccedendi ab inteſtato, alterum nullitas teſtamenti, quae quidem quo pacto concipi poterit absque praevio teſtamento, cuius obtentu uti ſe reus excipiens tuetur; ita contra actor idem ſtatim in libello nullum eſſe queritur? Ac quemadmodum actori viſum fuit, in eventum oppoſitae exceptionis, replicam intexere libello: ita idem poterat, imo debebat, in eundem eventum iusiurandum ſuper ea deferre. Nec eſt, quod dicas, actori certo non conſtitiſſe, utrum etiam reus hanc, quam praeſenſerat, exceptionem ſit oppoſiturus, nec ne; ſiquidem actor ſibi de facili perſuadere potuit, reum tam obeſae naris non fore, qui, cum tabulas teſtamentarias in manibus habeat, illas in medium non proferat, & ſic exceptionem teſtamenti opponat, quod niſi illum facturum crediditſet, replicam ſane libello

non

non inseruisset. Si instes: actorem tamen ignorasse ea, quae exceptionem, a reo deinceps oppositam, circumstant, inprimis ejusdem probandae rationem; in promptu est, quod respondere possim, reum nempe, quemadmodum supra praecepi, modum, quo probaturus sit exceptionem, exprimere neutiquam teneri. Et fac tandem, illud, utrum reus exceptionem, cui elidendae replica libello inserta est, oppositurus sit, nec ne, actori certo non constitisse; nihilo tamen minus idem habet, quod sibi imputet, & de seipso queratur, quod nullis plane probationibus instructus, caeco quodam quasi impetu, replicam libello inseruerit, aut non statim super eadem iuramentum detulerit, cum nondum certus fuerit, utrum etiam reus exceptionem, quam verebatur, sit oppositurus, nec ne. Si igitur damnum aliquod se incurrere sentiat, discat inposterum cautius mercari, *arg. l. 2. C. de furt.* Alioquin hac rationis generalitate admissa, eo etiam casu, sicubi aliquid a reo negaretur, in cuius probatione actor deficeret, idem respondere posset, se non putasse, reum sibi hoc inficiaturum, atque adeo iuramentum deferre valeret, quod tamen iuri Saxonico oppido adversatur. Facit huc argumentum, ab inspectione oculari petitum. Haec enim, licet regulariter etiam post conclusionem in causa, & ipsam quoque sententiam, admittatur, Berlich. *Part. 1. Concl. 47. n. 30. seqq.* tamen sicubi ab alterutro litigantium, tanquam caput probationis, reprobationisve, inducta sit, ad fatale adstricta censetur, neque eo deinceps praeterlapso, repeti potest. Similiter integrum quidem est actori, super replica deferre iuramentum, modo eam naturae suae & ordini relinquat, nec statim libello interserat, ne alioqui beneficio replicae semetipsum abdicasse intelligatur. Aut igitur actor super replica, libello inserta, statim iuramentum reo deferat, aut, si de modo probandi replicam adhuc dubitet, eandem in libello omittat. Quanquam in eo nihil interest, utrum actor super replica, libello intexta, conjunctim, an separatim, & demum in termino, deferre velit iuramentum, modo re integra, h. e. ante litem contestatam, vel praestitam guarandam, deferat. Quemadmodum etiam,

Argumentum ab oculari inspectione.

Iuramentum super replica in termino deferri & revocari potest.

 eidem

eidem liberum est integrumque, antea in libello factam iuramenti delationem deinceps in termino revocare. Neq; enim, cum ista saltem ad rationem probandae intentionis attineat, atque adeo partem solum externam & accidentalem libelli constituat, libelli inde mutati exceptio valide obiici poterit.

XXIX.

Replica libello inseri potest.

Actorem autem, sicubi id sibi proficuum existimaverit, & vel per iuramenti delationem eventum victoriamque litis conscientiae statim rei committere voluerit, vel etiam sese legitimis optime instructum intellexerit probationibus, citra ineptitudinem libello replicam inserere posse, non refragamur. Illud enim per se verum & iure maxime permissum est, quod liceat facere mentionem exceptionis rei & replicationis actoris adversus illam, velut occurrendo tacite obiectioni, quam fieri posse praesenserat actor, prout testantur *ad l. 2. C. si advers. rem iud. restit. postul.* Bartolus, Baldus, Angelus, Fulgosius, Castrensis, & Franciscus Aretinus, quod & aliis locis traditum est ab Innocentio *ad c. 20. X. de Rescript. & ad c. 18. circa fin. X. de sentent. & re iud.* Quanquam sane idem ille concipiendi libellum modus, secus ac Interpretibus, abs me commemoratis, persuasum est, ex adducta *l. 2. C. si advers. rem iud.* non extruitur. Nam lis illa de patria potestate inter patrem & filium apud Proconsulem hic recitatur, ut anteacta & peracta, non quod ea nunc agatur, aut primum instituatur eis verbis, quae hic fertur dixisse pater: Nihil ergo prohibet dicere, non totum hoc, quod hic narratur patrem dixisse, una vice & in actionis suae prima institutione ab eo esse dictum, sed compendiose recitari verbis paucissimis actionem patris, cum diceret filium in sua potestate esse; exceptionem filii ex emancipatione, & replicationem patris, quod ea non iure esset facta. Sicut & causae cognitio & Proconsulis pronuntiatio, quae ad eandem litem pertinent, & quorum mox subiicitur mentio, non simul cum praedictis omnibus, sed ex ordine iudiciorum iusto intervallo intervenerunt & secuta sunt, Mud. eus *ad d. l. 2.* conf. Dn. Praesidis *Comment. ad l. 2. C. qui & advers. quos.* novissime editum, ubi *th. 28. seq.* eandem legem plane

Quanquam id non probetur per l. 2. C. si adv. rem iud.

plene-

pleneque interpretatur. Nihilo tamen fecius fententiam iftam non deftituit iuris noftri analogia, neqve quicquam valide afferri poteft, quod ei refragetur. Vnde etiam praxis & ufus fori eandem fervat, ut recens docet praeiudicium: Coniuges conferant pacta dotalia, praedefuncto vero marito, vidua, eo, quod in portione ftatutaria fe nimis laefam intelligeret, voluntatem mutat, miffisque pactis dotalibus, portionem, pro illius loci confuetudine conftitutam, petit; fed, cum vereatur, ne reus, i.e. praemortui mariti heres, excipiendo, pacta dotalia fit oppofiturus, libello ftatim replicam reftitutionis in integrum ex caufa aetatis inferit, feque eo tempore in minorenni adhuc aetate conftitutam fuiffe, afferit, atque adeo in cafum futurae exceptionis beneficium reftitutionis in integrum ex capite minorennitatis implorat. Quem libellum Senatus in fummo provocationum parlamento Elect. Sax. omnino valere pronuntiavit in caufa Schacherin contra Roberts Kinder Anno 1695. Termino Brumali.

Praeiudicium in praxi.

XXX.

Non tamen femper confultum eft.

Diligenter vero perpendat ac fecum deliberet actor prius, quam replicam libello inferat, an fibi id etiam confultum videatur: Semper enim illud proficuum fibi non effe, fed multis interdum periculis expofitum, fentiet; fiquidem, cum exceptionis rei, fuaeque adverfus illam replicationis, in libello mentionem facit, reo fuggerit exceptionem, de qua forte vel nunquam cogitaffet. Deinde, quod deterius eft, reus relevatur ab onere probandi exceptionem ob allegationem actoris, quae vim confesfionis habet, Caftrenfis *ad l.2.C.fi adverf. rem iud. reft. in integ. poftul.* Quod ipfum fe experimento didiciffe, teftatur Mudaeus *ad eandem legem.* Amplius actor poft litis conteftationem fuper replica, libello inferta, in foro Saxonico iuramentum deferre nequit, ut fupra fufe tradidimus. Deniq; actor ad probandam replicam, quam libello inferuit, editionem inftrumentorum a reo petere non valet, quippe qui inftructus & paratus in iudicium venire debet, *l.4. l.f. C. de edend.* Vnde proprias probationes fuae intentionis, atque adeo etiam replicationis, quam libellus aeque complectitur, af-

ferre, non ab adversario petere tenetur, *l. 7. C. de test.* Nemo enim proprio se gladio iugulare iubetur, *l.1. l. f. C. de edend.* Nimisque grave fuerit, urgeri reum ad editionem eorum, per quae sibi negotium fiat, *d. l. 7. C. de testib.* Cum vero actor libello replicam non inseruit, ad eam probandam, a reo editionem instrumentorum postulare omnino potest. Replicando enim fit reus, & replicatio nihil est aliud, quam exceptio, ex parte actoris proveniens. Quemadmodum igitur ad exceptionem fundandam reo actor tenetur edere documenta: ita similiter reus actori ad probandam replicam, *arg. l. ult. in fin. C. de edend.* Nec est, quod actori imputetur, cur instructus non venerit in replicationibus, ad elidendas exceptiones oppositis, præsertim cum ex facto alieno posteriori oriantur, & ita eorum ignorantia probabilis sit, *arg. l. f. §. f. ff. pro suo l. 42. ff. de R. I.* Atque pro eadem sententia facit textus *in l. penult. §. f. ff. ad L. Falcid.* ubi Scaevola, replicantibus legatariis contra heredem, obiicientem Falcidiam, edenda esse omnia instrumenta, docet. conf. Tellez. *ad c. 1. X. de probat. n. 17.* Berlich. *Part. 1. Concl. 45. n. 49.* Carpzov. *3. Resp. 78. n. 14. seq.* Ex quibus illud etiam consequitur, quum rei multis modis, ne fiat, intersit, non licere deinceps actori temere variare, vel replicam denuo libello inserere, vel insertam semel dimittere. Caute igitur actor circumspecteque omnino agat, cum tot periculis se suppositum intelligat, ne nimis festinet, & inconsulte forsitan replicam libello inserat, ex quo deinceps damnum ferat, &, vulnerata causa, remedium quaerat, sed vix inveniat.

XXXI.

Replica altioris indaginis adversus exceptionem in continenti liquidam consulto libello inseritur.

Tum vero maxime utile commodumque fuerit, replicam libello intexere, cum ea altioris est indaginis, atque adeo nonnisi per testes, delationemve iuramenti, probari potest; contra vero exceptio, cui elidendae replica libello inseritur, liquida est, atque adeo in documento aliquo guarentigionato innititur. Alioquin ubi actor, expectata prius exceptione, deinceps subnectit replicam, ad eam probandam non admittetur. Quemadmodum enim, actore ex documento guarentigionato executive agente, reus

reus cum exceptione, eaque vel per testes vel iuramenti delationem probanda, omnino non, i. e. nec ante, nec post factam documenti producti recognitionem auditur: ita nec gravabitur actor, missam facere replicam, in altiori consistentem indagine, adversus exceptionem rei, in continenti liquidabilem; cum sane actor plus sibi iuris arrogare adversus reum non valeat, quam reus adversus actorem.

XXXII.

At enim vero hoc loco insigne exsurgit dubium, quod reus non possit praevenire actorem, & ad impediendum processum executivum de exceptionibus, in continenti non-liquidabilibus actionem instituere ordinariam, propterea, quoniam, cui denegatur exceptio, idem multo magis deneganda est actio, atque vicissim ea, quae ad agendum prosunt, multa magis proficiunt ad excipiendum. Amplius praeventio, ut locum habeat, praerequirit paritatem processus, cum alioqui creditor commodo processus executivi, quod ipsi directo auferri nequit, indirecte & veluti per anticipationem reconventionis privaretur, Carpzov. *Part. 1. Decis. 52,* Dn. Svendendörff. *Process. Fibig. p. 324. seq.* Ex quo consequitur, idem illud multo magis esse affirmandum de creditore, quo minus ille possit in fraudem exceptionis, in continenti liquidae, replicam suam, in altiore indagine consistentem, libello statim inserere. Rationes dubitandi.

XXXIII.

Verum intelligendum est, doctrinam, ex Carpzovio & CL. Svendendörffero fundamenti loco adductam, sua non carere difficultate. Quodsi enim, in quo fortasse nec Carpzovius nec ipse Dn. Svendendörfferus refragabuntur, actor replicam altioris indaginis ad impugnandam exceptionem, in continenti liquidam, libello inserere potest, consequens est, etiam reum posse praevenire actorem, quo minus executiva via experiri valeat. Aut itaque utrumque negandum, aut utrumque est asserendum. Affirmantis sententiae ratio est aequitas, primum quidem in *actore,* ne dolo petat per viam processus executivi, quod reo mox in ordi- Rationes decidendi.

 nario

nario est restituturus. Deinde in *reo*, ne dolo detrectet solvere obtentu documenti cuiusdam guarentigionati, quod tamen postmodum soluturus est, instituto ad impugnandum documentum guarentigionatum ordinario processu. Imo maior esse ratio in actore videtur, ne a reo ex subtilitate processus executivi petat, quod deinde in iudicio reconventionis eidem restituere tenetur, quam quidem in reo, subsidio instituti per praeventionem iudicii ordinarii aliquam saltem dilationem anhelante; Quandoquidem iura semper proniora sunt pro debitore liberando, quam pro petente creditore. Accedit quod processus executivus moribus Germanicis praeter, verius dixeris, contra iuris communis rationem invaluerit, atque adeo strictam recipiat interpretationem, ut nihilo secius utrobique locus sit praeventioni, &, qua libertate reus actorem praevenire, suamque exceptionem per modum implorationis proponere potest: eadem etiam actor praevenire reum, atque replicam suam, in vim elidendae exceptionis, in continenti liquidae, libello ordinario inserere valeat. Neque vero haec ipsa, Carpzovii & CL. Svendendörfferi doctrinae commemoratae contraria sententia caret autoritate. Namque vel ipse CL. Schilterus in suo nunquam satis laudando opere ad Pandectas, quanquam *Exerc. 22.* processum executivum ex genuinis fundamentis repetit, & maximopere amplificat, atque principia ex iure Romano, praesertim de natura & indole exceptionis non-numeratae pecuniae peregrina, moribusque patriis oppido adversa, ad eundem processum perperam vulgo produci docet; nihilo tamen secius *Exerc. 13. th. 19.* pro cautione notandum scribit, ut, qui scripturam alteri dedit, adversus eam autem suam exceptionem non nisi per testes aut iusiurandum probare valet, adversarium praeveniat, & ipse condictionem chirographi, aut, pro re nata, actionem ad edendum, vel similem non ineptam, quo tanto liberiori probationum campo deinceps gaudeat, in processu ordinario instituat.

CL. Schilteri sententia.

XXXIV.

Carpzovius & CL. Sven-

Enimvero, quo doctrinae Carpzovii ac CL. Svendendörfferi sua

sua quoque constet autoritas, non deesse videtur ratio discriminis, inter creditorem & debitorem interiecti. Debitor enim, dum exceptione sua, in altiore indagine adhuc consistente, creditorem praevenire satagit, actoris vicem pariter sustinet, atque id saltem intendit, ut creditori tanto difficilius ius agendi reddat, eidemque commodum processus executivi eripiat. Iam cum debitor pariter ac creditor actoris vice fungi volunt, ratio praecipit, eius esse partes potiores, qui faciliorem moribusque domesticis magis convenientem insistit viam, puta creditoris, utpote qui executiva agendi ratione experitur, cum e contrario debitor ordinarium sibi saltem propositum habeat procedendi modum. At creditor, cum replicam statim libello inserit, minus concurrentem in agendo habet debitorem, neque ex illo solo fundamento, cui impugnando obiici queat exceptio, in continenti liquida, instituit actionem, sed ex alio, eoque simul ad destruendam exceptionem assumto. Qua igitur fronte reus se tuebitur sola exceptione, eiusque in continenti liquida probatione, cum ad eam infringendam modo actum sit? Neque vero tam rei interest, quo minus actor replicam altioris indaginis statim adversus exceptionem, in continenti liquidam, inserat libello, quam quidem actoris, quo minus reus eum, in instrumento guarentigionato innixum, exceptionem, in altiori etiam indagine consistentem, per modum actionis intentando praeveniat. Actor, quum via experitur executiva, protinus, quod petit, consequitur, neque prius, quam ipsi eo nomine satisfactum sit, reo reconvenienti tenetur respondere. At reus, quum actor, praevisa exceptione, in continenti liquida, statim ad eam excludendam agit, non habet, de quo queratur, cum actoris in arbitrio sit, utro modo experiri velit, ipsius etiam rei intersit, duplici eum lite non vexari; sed potius statim replicam in iudicium deduci, de eaque disceptari. dendorfferus defenduntur.

XXXV.

Stet igitur immota, quam modo munivimus, sententia, consultum esse actori, ut ad destruendam exceptionem, in continenti liquidam, libello statim replicam, in altiore consistentem indagine Actor replicam altioris indaginis libello non inse-

reus, & per exceptionem liquidam succumbens, peculiari actione experiri valet.

gine, inserat, propterea, quod alioquin, opposita ad impediendum litis ingressum exceptione, replicaturus non audiatur, sed pronuntietur: daß Beklagter auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig. vel: Daß die Klage nicht statt hat. Quid autem, numne actori liberum erit integrumque, replicam deinceps nova separataque actione, ad destruendam convellendamque exceptionem, in iudicium deducere? Affirmans sententia mihi quidem verior benigniorque videtur, cui etiam addictum esse Mevium *Part. 3. Dec. 216.* intelligo, multumque laetor. Ratio, qua inprimis moveor, haec est, quod, quae circa reorum exceptiones observantur, ea iure meritoque circa actorum replicas sequimur. H. Pistor. *Part. 4. quaest. 23. n. 39.* Vt igitur illae (exceptiones) altioris indaginis non excludunt a iudicio super actione, imo ne tum quidem, cum reconventio per sententiam expresse non fuit reservata, Dn. Svendendörff. *Processf. Fibig. p. 773.* ita nec hae (replicae) ab eo, quod super exceptione liquida pronunciatur. Actor replicando fit reus, *l. 2. §. 1. de except.* Non ergo ipsi reus invidebit ius, quod, qua exceptionem, ipse habet; Reus ad probandam exceptionem, in processu executivo ob defectum probationis liquidae reiectam, remittitur ad iudicium ordinarium. Quidni igitur etiam actor, replicam, propter exceptionem, in continenti liquidam, minus attentam, probaturus, admittetur?

Ratio decidendi.

XXXVI.

(1) Ratio dubitandi ob autoritatem rei iudicatae.

Sequitur, ut, quaecunque huic sententiae adversa fronte reclamare videntur, carptim breviterque perstringam. Et primum quidem obiici possit, pronuntiata semel sententia: daß Beklagter auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig/ exceptionem oriri rei iudicatae, qua se reus adversus creditorem, denuo agentem, praemunire queat, maxime cum hic sibimet ipsi imputare debeat, quod cautionem in ipso agendi modo non adhibuerit, & illud quidem actionis genus, quod sibi magis commodum esse videatur, non arripuerit, h. e. replicam libello non statim inseruerit.

Resolvitur.

Verum enim vero, re probe accurateque, ut par est, ponderata, nullum inde tibicinem, cui quisquam firmiter innitatur, fabrefieri

posse

posse apparet. Namque intelligendum est, quo exceptio rei iudicatae locum obtineat, praerequiri, ut ex eadem denuo agatur causa, ex qua iam antea actum sit, *l.5. l.14. pr. l.27. ff. de except. rei iud.* Iam inpraesens actor, cum replicam altioris indaginis, in processu antea instituto exceptioni liquidae oppositam, sed reiectam, in iudicium denuo deducit, non ex eadẽ, ex qua antea egit, experitur causa. Antea actoris intentio ex fundamento simplici, nullo exceptionis habito respectu, deducta erat in iudicium. Nunc autem ex novo, eoque ad destruendam enervandamque exceptionem comparato, elicitur. Fac enim, heredem ab intestato instituisse hereditatis petitionem, sed, exceptione testamenti aut pactorum dotalium opposita, succubuisse. Quidni vero idem heres ab intestato deinceps de nullitate testamenti, pactorumve dotalium, queri valeat? Ante egit hoc solo fundamento, quod sit ab intestato heres; iam agit, assumta nova agendi causa, quod testamentum, pactave dotalia, quibus reus possessor se praemunire voluit, nullitatis vitio laborent. Nemo non intelligit, aliam atque aliam subesse agendi causam, atque adeo rem iudicatam in una causa, alteri praeiudicio non existere. Reus quidem per sententiam declaratus est liber, ne respondeat ad actionem, sed ad qualem, quaeso? Nullam sane aliam, quam quae tum temporis instituta fuit, v.c. simplicem hereditatis petitionem, non ad alteram, puta querelam nullitatis, de qua libellus silet, cuius quidem cancellos ac terminos egredi nequit sententia, & quatenus excedit, pro ipso iure nulla habetur. Neque vero est, quod aliqua actori culpa imputetur, quandoquidem exceptionem, priori in processu sibi oppositam, v. c. testamenti, pactorumve dotalium, praevidere non potuit, cum facta aliena, quorum invincibilis est ignorantia, complectatur. Casus.

XXXVII.

Alterum dubium inde nascitur, quod reus, opponens exceptionem, sed reprobationem, super ea susceptam, deferens, in eave succumbens, non possit denuo agere, propter autoritatem rei iudicatae, Carpzov. *lib. 2. Resp. 4.* Quo argumento illud confici- (a) Ratio dubitandi ob argumentum a reo ductum.

Definitio.

ficitur, nec actorem, in replica succumbentem, ad impugnandam exceptionem nova experiri posse actione. At enim vero Carpzovius conceptis verbis loquitur de processu ordinario, quemadmodum vel ex sola eiusdem Responsi inscriptione liquet, atque adeo de eo casu, ubi probatio & reprobatio per sententiam ad uberiorem plenioremq; actionis, exceptionis, replicæ, & similium, discussionem fuit iniuncta; quo quidem casu non minus actor replicam, quam reus exceptionem penitus amittit, ut nulla alia ratione factam iacturam reparare possint, cum ipsis omnino obstet rei iudicatae auctoritas, sive fatalia deseruerint, sive in ipsis causae meritis succubuerint. Secus autem res habet eo casu, cum actor via experitur executiva. Tum enim, licet maxime reus vel terminum ad probandas in continenti exceptiones praeterlabi pateretur, vel in probandi modo secundum indolem processus instituti deficeret; nihilo tamen secius ipsi suppeteret copia atque potestas exceptiones in iudicium ordinarium reconventionis deducendi, quandoquidem probationis defectus, vel desertio, opponendi quidem modum, non tamen ius ipsum, alia ratione urgendum, excludit; Atque de desertione quidem probationis locus est apud Berlichium *Part. 2. Dec. 271.* quem commemorat Dn. Svendendörfferus *Process. Fibig. p. 773.* Neque vero est, quod quisquam Carpzovium Berlichio hoc loco opponat. Namque Carpzovius, quemadmodum praecepi, intuetur processum ordinarium; Contra vero Berlichius executivum, in quo reò ratione exceptionum turbidarum reservatur reconventio. Neque Berlichius consultus de succumbentia rei circa probandam exceptionem in processu executivo aliud respondisset, quam ipse paulo ante de desertione probationis conceptis verbis responderat. Neque eundem secus de utroque casu, quem Carpzovius tractat in processu ordinario, censuisse probabile est; Quemadmodum nulla apparet dubitandi ratio, Carpzovium quoque, de casu, a Berlichio intento, rogatum, in eandem sententiam fuisse concessurum, ut non sciam satis, num Dn. Svendendörff. *pag. seq. 774* Carpzovii sententiam de eodem processu, quem Berlichius intuetur, atque adeo executivo intelligat,

Carpzovius Berlichio conciliatus.

ligat, quod quidem legenti ex formula oppositionis ibidem factae fortasse persuasum esse possit. Quanquam, quod attinet ad Berlichium, is paulo obscutior, & circa finem de remedio ex L. Diffamari fluctuare videtur.

XXXVIII.

Quibus quidem ita constitutis, non est, quod Carpzovii doctrinam aliquis nobis obiiciat, atque inde contra actorem, replicam seorsim per modum actionis deducturum, argumentum arcessat. Fac enim, actorem antea iudicio egisse ordinario; tamen eo usque deventum non est, quod praerequirit Carpzovius, ut probatio & reprobatio per sententiam, ad uberiorem discussionem meritorum causae, fuerint iniunctae, quin potius nos prae oculis illum habemus casum, ubi reus opponendo exceptionem, eamque in continenti probando obtinuit, quo minus, reiecta quippe actoris in altiore consistente indagine replica, ad actionem propositam respondere teneatur; qua quidem parte processus institutus ordinarius, vi exceptionis, in continenti liquidae, a reo oppositae, quodammodo degenerasse in executivum videtur; quandoquidem reus excipiendo vice actoris est, *l. 19. ff. de prob.* Quemadmodum itaque reo non nocet defectus, desertiove, probationis in processu executivo, quo minus exceptiones deinceps in ordinarium deducere iudicium queat: ita nec actori, mutato tantisper per exceptionem, a reo oppositam, in continenti liquidabilem, processu, defectus probationis eiusdem generis impedimento est, quo minus replicam altioris indaginis, cuius ratione loco rei excipientisque habetur, novo iudicio ordinariae probandam suscipiat. Amplius reus, cum in processu executivo deseruit probationem, in eave succubuit, intelligendus est deseruisse probationem, in eave defecisse, non omni omnino, sed ea saltem, quae pro ratione processus executivi requirebatur, h. e. in continenti liquida. Pariter comparatum est cum actore: Hic enim, cum contra exceptionem, in continenti liquidam, non valet eodem modo probare replicam, intelligendus est, defecisse in probatione replicae, non omni sane, sed ea solum, quae pro indole processus,

ad removendam exceptionem, in continenti liquidam, desiderabatur, salva ceteroqui probatione ordinaria, seorsim suscipienda. Neque vero sententia, utut indefinite concepta: daß Beklagter auff die Klage sich einzulassen nicht schuldig/ de alio actionis genere, quam quod fuit institutum, non de omni omnino, & ex quacunque causa proveniente, est intelligenda.

XXXIX.

Post iuratam documenti liquidi diffessionem locus est iudicio ordinario.

Quia recognitio per testes tum non conceditur.

Quare etiam, cum vel reus, executive conventus, documentum actoris, vel actor documentum, a reo ad impediendum litis ingressum productum, iurato diffitetur, neuter est prohibendus, quo minus damnum sic acceptum ordinario reparet iudicio, atque adeo actor, reusve, deinceps per testes veritatem documenti comprobet. Namque quemadmodum in processu executivo, sive quotiescunque documentum in vim processus executivi, atque adeo vel ad condemnandum in continenti reum, vel eundem ab instituta actione eodem modo præmuniendum, producitur, ad declinandam iuratam illius diffessionem, recognitio per testes locum non invenit, Dn. Svendendörff. *Process. Fibig. p. 719.* ita rationis est, ei, qui hoc processus genere succubuit, liberum relinqui, utrum remedio illo ordinario uti velit, ad impugnandam iuratam diffessionem modo factam, utpote quæ loco iuramenti, non a parte, sed ab ipsa lege, delati, habetur, atq; adeo contraria deinceps probatione destrui ac infirmari potest, *arg. l. 31. ff. de iureiurand.* Neque vero, quicquid post iuratam documenti guarentigionati diffessionem a iudice decretum, pronunciatumve est, aliter, quam pro natura & indole instituti processus, intelligi potest, salvo ceteroquin integroque iudicio ordinario.

XL.

Quemadmodum reus in probatione pro exoneranda conscientia articulos super exceptionibus concipe-

Quodsi reus, ut evitet iusiurandum, sibi super libello actionis delatum, conscientiam probationibus defendere velit, debet articulos super ipso actionis fundamento, atque adeo libello contentis, & a se in litis contestatione negatis, capitibus, concipere; neutiquam vero super exceptionibus, a se litis contestationi eventualiter, ut vulgo loquuntur, annexis. Est enim probatio pro exoneran-

oneranda conscientia nihil aliud, quam quoddam delati iurisiurandi surrogatum. Super quibus itaque capitibus, quave forma delatum est iuramentum, super iisdem etiam, eademve forma, expediendum esse istud probationis genus, iuris ratio dictitat. Et quis non videt, reum manifesto vitio probationem exceptionum confundere cum probatione pro exoneranda conscientia? Haec eo saltem collineat, ut reus factam negatae litis contestationem, v. c. *se centum mutuo non accepisse, se non iniuriasse*, sustineat & tueatur, atque adeo minus vera esse, quae ab actore in libello fundamenti loco sunt proposita, evincat; Illa vero comparata est ad exceptiones probandas, v. c. *se solvisse, factum libellatum esse verum.* Nec est, quod reus de aliqua sibi hoc loco facta iniuria queratur. Eccur enim litem non contestatur affirmative, quo casu non minus probatione pro exoneranda conscientia, quam praestatione ipsius sibi delati iuramenti, facile supersedere, & operam studiumque suum probandis ocius exceptionibus impendere poterit? Accedit, quod & relatio iuramenti, adiuncta qualitate & circumstantia, ex qua resultat exceptio peremtoria, non admittatur, ut ex Hilligero ad Donellum 24. *Comment.* 21. *lit. R.* recte monuit Dn. Svendendörfferus *Process. Fibig. p.* 1355. conf. Ant. Faber *in Codice lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 19. Consequens igitur est, ut nec probationi pro exoneranda conscientia super eiusmodi circumstantia, indeque proveniente exceptione, locus relinquatur.

re nequit: (1) quia est surrogatum iuramenti delati.

(2) quia relatio iurisiurandi, adiuncta certa qualitate non valet.

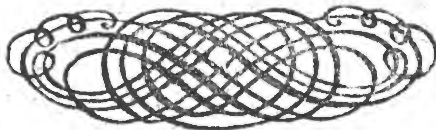
XLI.

Quibus ita praestructis, illud valide infertur, nec actori permittendum esse, ut ad iuramentum, sibi a reo super exceptionibus oppositis delatum, declinandum, articulis probatoriis pro exoneranda conscientia replicae fundamenta immisceat. Neque enim hoc quoque loco aliae actoris, aliae rei, constituti possunt partes, quum sane, quidquid de reo est dictum, idem omne ad actorem replicantem optime quadret. Confiteatur igitur modo actor exceptionem a reo oppositam, & hoc modo se ab onere iurandi, defendendique conscientiam probationibus, immunem liberumque

Ita nec actor in eiusmodi probatione articulos elisivos super replica formare potest.

praestet, ac eo potius se convertat, quo replicam, ad convellendam exceptionem obiectam, articulis complecti elisivis, probatamque dare valeat. Quod quidem ipsum eo pertinet, ut intelligamus, in probatione pro exoneranda conscientia neque ex actoris, neque ex rei parte admitti articulos elisivos, sed eos omnino pro impertinentibus haberi. Quamvis existimem, actorem, reumve, qui in probatione pro exoneranda conscientia eiusmodi, aliisve impertinentibus, articulis est usus, propterea non statim deserti iuramenti poenam incurrere, utpote quae *Ordinat. Proc. tit. 19.* §. Wenn nun. *vers.* da aber/ eo solum casu, ubi alteruter litigantium susceptam pro exoneranda conscientia probationem deseruit, statuta legitur, atque adeo ad alios casus, imo ne quidem ad eum, cum quis probationi iam susceptae renuntiavit, Dn. Svendendörff. *Process. Fibig. p. 1348.* temere est proroganda. Sane regressus ad iuramenti delati praestationem loco antea commemorato toties permittitur, quoties non probatum est, quod ad evitandum iuramentum probari debebat. Iam conceptis articulis, ex quacunque causa impertinentibus, quis negaverit, nihil etiam esse probatum?

Quibus tamen conceptis, iuramenti deserti poena non habet locum.



Flo-

Florentissimo Iuveni

IOH. HENRICO EXSIO,

S. P. D.

PRAESES.

NOlo deesse virtuti Tuae, diligentiamque, quae plurimum peraptum ad omnia ingenium adiuvit, vere laudo, propterea quod me ducem studii tui delegisti, mihique potissimum, publice privatimque ius tradenti, morem, laudis plenum, approbasti. Nec vero materiam collaudandi altius repeto, sed conquiesco in praesenti specimine, quod animis omnium oculisque subiicis, atq; adeo confirmas doctrinae nostrae existimatoribus, tanto longius te abfuisse ab inertia, quanto maiori industria ad argumentum propositum incubueris. Quam collatam bene operam quum comprobem, etsi non

non ſum ignarus, plura eiusdem rei te limaturum, quum tempus uſusque rei forenſis limaverit magis iudicium ac ſubegerit: tamen in praeſenti mihi probatur animus, qui eo iam nititur, quo aliquando enitetur. Quare vehementer Tibi gratulor, auctorque ſum ac ſuaſor, urgeas propoſitum plenusque ſpei contendas ad honores, quos fori prudentia tibi & pollicetur, & deferet cumulatos. Vale.



